Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
presentadas el 24 de enero de 2019[1]

Asunto C-603/17

Peter Bosworth,
Colin Hurley
contra
Arcadia Petroleum Limited y otros

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido)]

«Procedimiento prejudicial — Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil — Convenio de Lugano II — Título II, sección 5 — Competencia en materia de contratos individuales de trabajo — Demandas de indemnización por daños y perjuicios presentadas por varias sociedades de un mismo grupo contra sus antiguos directivos — Conceptos de "contrato individual de trabajo" y de "empresario" — Demandas basadas en fundamentos jurídicos considerados de naturaleza delictual en Derecho material — Requisitos que deben concurrir para considerar tales demandas "en materia contractual" y/o sobre contratos individuales de trabajo, a efectos del Convenio de Lugano II»

I. Introducción

1. Mediante su petición de decisión prejudicial, la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido) ha planteado al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado el 30 de octubre de 2007[2] (en lo sucesivo, «Convenio de Lugano II»).

2. Dichas cuestiones prejudiciales se plantearon en el contexto de un litigio entre, por una parte, el accionista único y varias sociedades de un grupo multinacional y, por otra, sus antiguos directivos, sobre demandas de indemnización de daños y perjuicios por un supuesto fraude cometido contra dichas sociedades, del que se consideraba a estos los principales artífices y beneficiarios.

1 Lengua original: francés.

2 Convenio cuya celebración fue aprobada en nombre de la Unión por la Decisión 2009/430/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2008 (DO 2009, L 147, p. 1).

3. En la fase actual del litigio principal, el tribunal remitente debe determinar si los órganos jurisdiccionales de Inglaterra y del País de Gales son competentes para conocer de tales demandas bien si son los tribunales suizos, como órganos jurisdiccionales del domicilio de los antiguos directivos de que se trata, los que deben conocer de la totalidad o parte de estas. La respuesta depende de si tales demandas tienen o no por objeto «materia de contratos individuales de trabajo» en el sentido de las disposiciones del título II, sección 5, del Convenio de Lugano II (en lo sucesivo, «sección 5»).

4. En este contexto, las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente versan sobre temas jurídicos complejos, relativos a la interpretación de conceptos clave de la mencionada sección 5, a saber, los de «contrato individual de trabajo», «trabajador» y «empresario». Asimismo, tratan sobre la problemática de si una demanda presentada entre las partes de tal «contrato» sobre la base de un fundamento jurídico de naturaleza delictual en Derecho material está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma sección y, de ser así, qué requisitos deben concurrir.

5. En las presentes conclusiones, expondré los motivos por los que los directivos de las sociedades, que desempeñan sus funciones con total autonomía, no están vinculados a la sociedad para la que las desempeñan tales funciones mediante un «contrato individual de trabajo» en el sentido de las disposiciones del título II, sección 5. Con carácter subsidiario explicaré, por una parte, por qué una demanda que enfrenta a las partes de dicho «contrato», basada en un fundamento jurídico delictual, está, en principio, sujeta a dicha sección cuando el litigo tenga su origen en la relación laboral y, por otra parte, por qué el «empresario», en el sentido de las disposiciones de dicha sección, no es necesariamente solo la persona con quien el trabajador ha concluido un contrato de trabajo.

II. Convenio de Lugano II

6. La sección 5, titulada «Competencia en materia de contratos individuales de trabajo», contiene, en particular, los artículos 18 y 20 del Convenio de Lugano.

7. El artículo 18, apartado 1, de este Convenio dispone que «en materia de contratos individuales de trabajo, se determinará la competencia con arreglo a las disposiciones de la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el artículo 5, punto 5».

8. El artículo 20, apartado 1, de dicho Convenio establece que «los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el tribunal del Estado vinculado por el presente Convenio en el que estos últimos tuvieren su domicilio».

III. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

9. El Grupo Arcadia está constituido, en particular, por las sociedades Arcadia London, Arcadia Switzerland y Arcadia Singapore. El grupo está participado al 100 % por la sociedad Farahead Holdings Ltd (en lo sucesivo, «Farahead»). En el momento en que ocurrieron los hechos del litigio principal, los Sres. Peter Bosworth y Colin Hurley (en lo sucesivo, conjuntamente, «demandados en el procedimiento principal»), que en la actualidad residen en Suiza, eran, respectivamente, *chief executive officer* (CEO) y *chief financial officer* (CFO) de dicho grupo. Eran también directivos de las tres sociedades Arcadia en cuestión. Además, cada uno de ellos estaba vinculado a una de estas sociedades por un contrato de trabajo, redactado por ellos mismos o bajo su responsabilidad.

10. El 12 de febrero de 2015, las tres sociedades Arcadia antes citadas y Farahead (en lo sucesivo, conjuntamente, «Arcadia») presentaron ante el High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) [Tribunal Superior (Inglaterra y Gales), Sala de lo Mercantil y de lo Contencioso-Administrativo (Sección de lo Mercantil), Reino Unido] varias demandas contra varias

personas, entre ellas los demandados en el procedimiento principal. Dichas demandas están dirigidas a obtener una indemnización por el perjuicio que el grupo alega haber sufrido como consecuencia de una serie de operaciones fraudulentas en las que se han visto envueltas las sociedades Arcadia, que tuvieron lugar entre abril de 2007 y mayo de 2013.

11. Según Arcadia, los demandados en el procedimiento principal son los principales artífices y beneficiarios de dicho fraude. Arcadia alega que, en su condición de CEO y CFO del grupo, se asociaron con los otros demandados para desviar la mayor parte de los beneficios obtenidos en las operaciones controvertidas y ocultaron estas operaciones a Farahead. Los interesados, por su parte, niegan con firmeza tales acusaciones.

12. En su escrito de interposición de la demanda, Arcadia alegó que la supuesta conducta ilegítima de los demandados en el procedimiento principal constituye (1) un acto ilícito (*tort*) de maquinación contra otro con medios ilegales (*unlawful means conspiracy*), (2) un acto ilícito de abuso de confianza (*breach of fiduciary duty*) y (3) un incumplimiento de obligaciones contractuales expresas o implícitas (*breach of express and/or implied contractual duties*) derivadas de sus contratos de trabajo.

13. Mediante declinatoria de competencia de 9 de marzo de 2015, los interesados alegaron que, de conformidad con el Convenio de Lugano II, los órganos jurisdiccionales de Inglaterra y del País de Gales no son competentes para conocer de las demandas entabladas por Arcadia contra ellos. Afirman que se trata de demandas «en materia de contratos individuales de trabajo» y, por tanto, sujetas a la sección 5. En consecuencia, consideran que los únicos órganos jurisdiccionales competentes para conocer de ellas son los del Estado de su domicilio, es decir, los tribunales suizos.

14. Posteriormente, las demandantes en el procedimiento principal modificaron su demanda. Renunciaron a alegar el incumplimiento de obligaciones derivadas de los contratos de trabajo de los demandados en el procedimiento principal y suprimieron toda referencia al incumplimiento de estas obligaciones como medio ilegítimo empleado en el marco del ilícito de maquinación.

15. Mediante sentencia de 1 de abril de 2015, la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) [Tribunal Superior (Inglaterra y Gales), Sala de lo Mercantil y de lo Contencioso-Administrativo (Sección de lo Mercantil), Reino Unido] declaró que los órganos jurisdiccionales de Inglaterra y del País de Gales son competentes para conocer de las demandas de Arcadia por cuanto que se basan en el ilícito de conspiración con uso de medios ilegítimos (*unlawful means conspiracy*). Por otra parte, estimó que dichos órganos jurisdiccionales también son competentes para conocer de estas demandas en la medida en que se basan en el ilícito de abuso de confianza (*breach of fiduciary duty*), si bien carecen de ella para conocer de las demandas presentadas sobre esta base por Arcadia London y Arcadia Singapore en relación con hechos acaecidos cuando cada una de estas dos sociedades estaba vinculada por un contrato de trabajo con el Sr. Bosworth o el Sr. Hurley. En efecto, en esa medida, y únicamente en ella, las demandas de Arcadia son consideradas «en materia de contratos individuales de trabajo» en el sentido de las disposiciones de la sección 5.

16. Los demandados en el procedimiento principal interpusieron recurso de apelación contra esta sentencia ante la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales), Sala de lo Civil, Reino Unido], que fue desestimado mediante sentencia de 19 de agosto de 2016. No obstante, la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido) autorizó a los interesados a que interpusieran un recurso ante ella.

17. En estas circunstancias, este último órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Qué criterio debe seguirse para determinar si una acción ejercitada por un empresario contra un empleado o antiguo empleado (en lo sucesivo, "empleado") se considera una acción "en materia de" contrato individual de trabajo en el sentido de la sección 5 del título II (artículos 18 a 21) del [Convenio de Lugano II]?

   a) Para que un empresario pueda interponer contra un empleado una acción que esté comprendida en los artículos 18 a 21 [del Convenio de Lugano II], ¿basta con que el empresario *pudiera haber* alegado asimismo que la conducta controvertida constituye un incumplimiento del contrato individual de trabajo del empleado, aun cuando la acción efectivamente interpuesta por el empresario no tenga como base, no invoque o no alegue el incumplimiento de dicho contrato, y, en cambio, se base (por ejemplo) en uno o varios de los diferentes fundamentos [controvertidos en el litigio principal]?

   b) Como alternativa, ¿es correcto el criterio según el cual una acción interpuesta por un empresario contra un empleado únicamente está comprendida en los artículos 18 a 21 si la obligación en la que se basa efectivamente la acción se deriva del contrato de trabajo? En caso afirmativo, ¿no está comprendida en la sección 5 una acción basada únicamente en el incumplimiento de una obligación que ha surgido al margen del contrato de trabajo (y que, en su caso, no puede considerarse una obligación "aceptada libremente" por el empleado)?

   c) En caso de que ninguno de los criterios descritos sea correcto, ¿cuál sería el criterio apropiado?

2) Si una sociedad y una persona física celebran un "contrato" (en el sentido del artículo 5, punto 1, del [Convenio de Lugano II]), ¿en qué medida es necesario que exista una relación de subordinación entre la sociedad y la persona física para que dicho contrato se considere un "contrato individual de trabajo" a los efectos de la sección 5 [del título 2 de dicho Convenio]? ¿Puede existir una relación de estas características cuando la persona física es capaz de establecer (y establece) los términos del contrato con la sociedad y tiene control y autonomía sobre el funcionamiento diario de la actividad de la sociedad y el desarrollo de sus propias funciones, aun cuando el o los socios de la sociedad tengan poder para poner fin a dicha relación?

3) Si la sección 5 del título II del Convenio de Lugano [II] únicamente se aplica a acciones que, de no ser por dicha sección, estarían comprendidas en el artículo 5, punto 1, ¿qué criterio debe seguirse para determinar si una acción está comprendida en el artículo 5, punto 1?

   a) ¿Es correcto el criterio según el cual una acción está comprendida en [dicho] artículo 5, punto 1, si la conducta controvertida podría considerarse un incumplimiento contractual, aun cuando la acción efectivamente interpuesta por el empresario no tenga como base, no invoque o no alegue el incumplimiento de dicho contrato?

   b) Como alternativa, ¿es correcto el criterio según el cual una acción únicamente está comprendida en el [citado] artículo 5, punto 1, si la obligación en la que se basa efectivamente la acción es de naturaleza contractual? En caso afirmativo, ¿no está comprendida en la sección 5, punto 1, una acción basada únicamente en el incumplimiento de una obligación que ha surgido al margen del contrato (y que, en su caso, no puede considerarse una obligación "aceptada libremente" por el demandado)?

   c) En caso de que ninguno de los criterios descritos sea correcto, ¿cuál sería el criterio apropiado?

4) En circunstancias en las que:

a) las sociedades A y B forman parte de un grupo de sociedades;

b) el demandado X desarrolla, de hecho, la función de consejero delegado de dicho grupo de sociedades (como hacía el Sr. Bosworth en [el Grupo Arcadia]: […]; X está contratado por una sociedad del grupo, la sociedad A (y, por tanto, es un empleado de la sociedad A, como lo fue ocasionalmente el Sr. Bosworth […]) y, con arreglo al Derecho interno, no está contratado por la sociedad B;

c) la sociedad A entabla contra X una serie de acciones, que están comprendidas en los artículos 18 a 21 [del Convenio de Lugano II]; y

d) la otra sociedad del grupo, la sociedad B, también entabla una acción contra X en relación con una conducta similar a la que constituye la base de las acciones ejercitadas por la sociedad A contra X;

¿qué criterio debe seguirse para determinar si la acción de la sociedad B está comprendida en la sección 5 [del Convenio de Lugano II]? En particular:

– ¿Depende la respuesta de la existencia de un "contrato individual de trabajo", en el sentido de la sección 5 [del título II del Convenio de Lugano II], entre X y la sociedad B y, en su caso, qué criterio debe seguirse para establecer la existencia de dicho contrato?

– ¿Debe considerarse que la sociedad B es el "empresario" de X a los efectos de la sección 5 del título II del Convenio [de Lugano II], y/o están comprendidas las acciones ejercitadas contra X por la sociedad B (relacionadas en el apartado 4, punto 4 *supra*) en los artículos 18 a 21 [del Convenio de Lugano II] de la misma forma que las acciones ejercitadas por la sociedad A contra X están comprendidas en los artículos 18 a 21? En particular:

a) ¿Está comprendida la acción de la sociedad B en el artículo 18 [del Convenio de Lugano II] únicamente si la obligación en la que se basa efectivamente se deriva del contrato de trabajo entre la sociedad B y X?

b) Como alternativa, ¿estaría comprendida la acción en el artículo 18 [del Convenio de Lugano II] si la conducta controvertida constituyese un incumplimiento de una obligación derivada de un contrato de trabajo entre la sociedad A y X?

– En caso de que ninguno de los criterios descritos sea correcto, ¿cuál sería el criterio apropiado?»

18. La resolución de remisión fue recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 20 de octubre de 2017. Los demandados en el procedimiento principal, Arcadia, la Confederación Suiza y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia. Todos ellos, a excepción de la Confederación Suiza, estuvieron representados en la vista celebrada el 13 de septiembre de 2018.

IV. Análisis

A. Consideraciones preliminares

19. El Convenio de Lugano II es un convenio internacional que vincula a la Unión con los Estados parte de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y con la Confederación Suiza. En raras ocasiones se han planteado al Tribunal de Justicia cuestiones relativas a su interpretación. Se trata de un instrumento paralelo al Reglamento n.º 44/2001,[3] que tiene el mismo objeto y establece las mismas normas de competencia que este. Por consiguiente, la amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre dicho Reglamento es extrapolable a las disposiciones equivalentes del Convenio de Lugano II.[4]

20. Las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se inscriben en el contexto jurídico siguiente. Arcadia considera que los órganos jurisdiccionales ingleses son competentes para conocer de las demandas que ha interpuesto contra los demandados en el procedimiento principal sobre la base del artículo 6, punto 1, del Convenio de Lugano II. En efecto, considera que están estrechamente relacionadas con demandas similares presentadas contra otras tres personas domiciliadas en Inglaterra y en Gales.[5]

21. Sin embargo, los interesados niegan la competencia de dichos órganos jurisdiccionales. Sostienen que se trata de demandas «en materia de contratos individuales de trabajo», comprendidas, por tanto, en la sección 5.

22. A este respecto, conviene recordar que, con arreglo al artículo 18, apartado 1, del Convenio de Lugano II, la competencia judicial en esta materia se rige por las disposiciones de la sección 5. De conformidad con el artículo 20, apartado 1, de dicho Convenio, una demanda de un «empresario» contra un «trabajador» debe presentarse ante el tribunal del Estado en el que este último tenga su domicilio. Asimismo, según el Tribunal de Justicia, las disposiciones de esta sección tienen carácter exhaustivo.[6] Por consiguiente, suponiendo que esta sección fuera aplicable, Arcadia no podría invocar el artículo 6, punto 1, de este Convenio.

3 Reglamento del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento Bruselas I»). Este Reglamento sustituyó al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (DO 1972, L 299, p. 32; texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 28; EE 01/01, p. 186; en lo sucesivo, «Convenio de Bruselas»). Dicho Reglamento ha sido sustituido recientemente, a su vez, por el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2012, L 351, p. 1).

4 Asimismo, a efectos de la interpretación de dicho Convenio es oportuno tener en cuenta las resoluciones nacionales relativas a estos instrumentos. Véanse el artículo 1 del Protocolo n.º 2 relativo a la interpretación judicial uniforme del [Convenio de Lugano II] y al Comité permanente (DO 2007, L 339, p. 27) y las sentencias de 2 de abril de 2009, Gambazzi (C-394/07, EU:C:2009:219), apartado 36, y de 20 de diciembre de 2017, Schlömp (C-467/16, EU:C:2017:993), apartados 46 a 51.

5 Esta disposición establece que, «si hubiere varios demandados, [una persona podrá ser demandada] ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser incompatibles si los asuntos fueren juzgados separadamente».

6 Véanse las sentencias de 22 de mayo de 2008, Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline (C-462/06, EU:C:2008:299), apartados 19 y 20; de 14 de septiembre de 2017, Nogueira y otros (C-168/16 y C-169/16, EU:C:2017:688), apartado 51, y de 21 de junio de 2018 Petronas Lubricants Italy (C-1/17, EU:C:2018:478), apartado 25.

23. En efecto, el objetivo de la sección 5 es, en particular,[7] *proteger al trabajador*, considerado la parte contractual más débil, mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses.[8] A tal efecto, esta sección priva al empresario de toda opción de competencia para presentar su demanda y ofrece al trabajador la ventaja de poder ser demandado únicamente, en principio, ante los órganos jurisdiccionales que se considera que le resultan más familiares.

24. La excepción de incompetencia planteada por los demandados en el procedimiento principal depende del alcance del ámbito de aplicación de la sección 5. A tal respecto, cabe recordar que el artículo 18, apartado 1, del Convenio de Lugano II tiene por objeto las demandas «en materia de contratos individuales de trabajo». De estos términos resultan dos requisitos: por un lado, debe existir tal «contrato» entre las partes y, por otro lado, la demanda debe estar relacionada, de algún modo, con ese «contrato».

25. Las cuestiones prejudiciales segunda y cuarta planteadas por el órgano jurisdiccional remitente versan, en esencia, sobre el primero de tales requisitos, mientras que la primera y la tercera tratan sobre el segundo. Examinaré la interpretación del concepto de «contrato individual de trabajo» (B), seguidamente la problemática de la relación que debe existir entre la demanda y el «contrato» (C) y, por último, el concepto de «empresario» en el sentido de la sección 5 (D).

B. Sobre el concepto de «contrato individual de trabajo» (segunda cuestión prejudicial)

26. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si los contratos celebrados entre los demandados en el procedimiento principal y determinadas sociedades del grupo Arcadia pueden calificarse de «contratos individuales de trabajo» en el sentido de las disposiciones de la sección 5. El órgano jurisdiccional remitente desea saber, en qué medida es necesario, a efectos de dicha calificación, que entre un particular y la sociedad que haya requerido sus servicios exista una relación de subordinación. Se pregunta si tal relación puede existir cuando el particular decide los términos de su contrato y tiene control y autonomía plenos para la gestión diaria de los asuntos de la sociedad y para el desempeño de sus propias funciones, aun cuando los accionistas tengan la facultad de resolver el contrato. Este órgano jurisdiccional desea conocer, asimismo, qué requisitos deben concurrir, conforme a la referida sección, para apreciar la existencia de tales «contratos» entre los demandados en el procedimiento principal y las sociedades Arcadia con las que estos no habían celebrado formalmente un contrato.[9]

1. Sobre la admisibilidad

27. Como señala el órgano jurisdiccional remitente, Arcadia no ha refutado ante los órganos jurisdiccionales nacionales inferiores que los demandados en el procedimiento principal tuvieran la condición de trabajadores respecto de cada una de las sociedades con las que habían celebrado formalmente un contrato de trabajo. Por tanto, los interesados consideran que no es necesaria una respuesta del Tribunal de Justicia sobre esta problemática para la resolución del litigio principal.

7 Las normas de competencia establecidas por el Convenio de Lugano II y el Reglamento Bruselas I persiguen, con carácter general, el objetivo de garantizar la seguridad jurídica. A tal fin, estas tienen que presentar un alto grado de previsibilidad: el demandante debe poder determinar fácilmente los órganos jurisdiccionales ante los que puede presentar su demanda y el demandado debe poder razonablemente prever ante qué órganos jurisdiccionales puede ser demandado. Además, estas normas tienen por objeto garantizar una buena administración de la justicia. Véanse las sentencias de 19 de febrero de 2002, Besix (C-256/00, EU:C:2002:99), apartado 26, y de 10 de abril de 2003, Pugliese (C-437/00, EU:C:2003:219), apartado 16.

8 Véase el considerando 13 del Reglamento Bruselas I, así como las sentencias de 19 de julio de 2012, Mahamdia (C-154/11, EU:C:2012:491), apartado 44, y de 21 de junio de 2018, Petronas Lubricants Italy (C-1/17, EU:C:2018:478), apartado 23.

9 El órgano jurisdiccional remitente aborda este segundo aspecto en el marco de su cuarta cuestión prejudicial. Sin embargo, considero útil examinarlo ya en este momento.

28. No comparto este punto de vista. A este respecto, dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. [10]

29. Por lo demás, considero que, por un lado, dicha falta de refutación se explica porque Arcadia consideró inicialmente que la existencia de un contrato de trabajo en el sentido del Derecho material, implicaba en sí misma la calificación de «contrato individual de trabajo» en el sentido de las disposiciones de la sección 5. Sin embargo, el grupo ha cambiado de parecer y refuta firmemente esta calificación. Por otro lado, las partes han discutido, en todas las fases del procedimiento nacional, la existencia de tales «contratos» entre los demandados en el procedimiento principal y las sociedades del grupo con las que no habían celebrado formalmente un contrato. [11] Por lo tanto, la necesidad de una respuesta del Tribunal de Justicia resulta evidente.

2. Sobre el fondo

30. Cabe recordar que en la época de los hechos controvertidos los demandados en el procedimiento principal ejercían en el grupo Arcadia funciones *directivas*, en el sentido del Derecho de sociedades. Más concretamente, el Sr. Bosworth era el *chief executive officer* (CEO) de hecho [12] del grupo y el Sr. Hurley era el *chief financial officer* (CFO) de hecho del mismo. Además, los interesados eran directivos de Derecho y/o de hecho [13] de Arcadia London, Arcadia Switzerland y Arcadia Singapore.

31. Además, cada uno de los demandados en el procedimiento principal había celebrado un contrato de trabajo, con arreglo al Derecho material, [14] con una sociedad concreta de Grupo Arcadia. No obstante, la identidad de esa sociedad varió con el tiempo, puesto que fueron empleados alternativamente, en particular, de Arcadia London y Arcadia Singapore —no lo fueron, sin embargo, de Arcadia Switzerland—. Los diferentes contratos estipulaban que los interesados debían desempeñar funciones de dirección concretas únicamente para la sociedad que los contrataba. La única remuneración que percibían del grupo era la estipulada en esos contratos, abonada por la sociedad que los empleaba, para funciones precisas.

32. En este contexto, cabe preguntarse, en primer lugar, si, a efectos de la aplicación de las normas de competencia establecidas por el Convenio de Lugano II, de entrada se deben diferenciar las relaciones existentes entre los demandados en el procedimiento principal y las sociedades del grupo Arcadia con las que habían concluido formalmente un contrato, con arreglo al Derecho material, de las que mantenían con las demás sociedades del grupo. No creo que deba ser así por dos motivos.

33. En primer lugar, el concepto de «contrato individual de trabajo», en el sentido del artículo 18, apartado 1, del Convenio de Lugano II, no debe interpretarse en relación con la *lex causae* o a la *lex fori*, sino de manera autónoma, a fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas de competencia establecidas por dicho Convenio en todos los Estados parte. [15]

10 Véase, en particular, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 19 y jurisprudencia citada.

11 Véase Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales) (Sala de lo Civil), Reino Unido], de 19 de agosto de 2016, Peter Miles Bosworth y Colin Hurley c. Arcadia Petroleum Ltd y otros, [2016] EWCA Civ 818, apartados 90 y 91.

12 Un directivo de hecho es quien, sin haber sido designado formalmente directivo de una sociedad, desempeña efectivamente tales funciones.

13 El Sr. Bosworth fue nombrado administrador de Arcadia Singapore para un periodo determinado y el Sr. Hurley, por su parte, fue nombrado administrador de Arcadia London y después de Arcadia Singapore. Independientemente de esos nombramientos, los interesados ejercían en la práctica esas funciones para todas las sociedades de Arcadia de que se trata y durante todo el periodo en el que tuvieron lugar los hechos del litigio principal.

14 De la resolución de remisión no se desprende claramente si esa calificación se hizo en virtud de la *lex causae* o de la *lex fori*.

15 Véase la sentencia de 10 de septiembre de 2015, Holterman Ferho Exploitatie y otros (C-47/14, en lo sucesivo, «sentencia Holterman», EU:C:2015:574), apartados 35 a 37.

34. Respecto a esta definición autónoma, de la sentencia Holterman se desprende que existe un «contrato individual de trabajo» cuando una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución. [16] Por tanto, existe tal «contrato» siempre que las características de una *relación laboral* —prestación, retribución y subordinación— se cumplen en la práctica. En consecuencia, como alegan los demandados en el procedimiento principal, la Confederación Suiza y la Comisión, entre dos personas puede existir dicho «contrato» aun cuando, con arreglo al Derecho material aplicable, no se haya concluido ningún contrato y se trate de una relación laboral estrictamente de hecho. [17]

35. Cabe señalar que esta interpretación respeta los términos de la sección 5, ya que la expresión «contrato individual de trabajo» no supone la celebración de un contrato de trabajo formal, en el sentido del Derecho material. Por lo demás, el uso de dicha expresión en los instrumentos que vinculan a los Estados miembros y/o la Unión en materia de Derecho internacional privado se remonta al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. [18] Pues bien, cuando se adoptó el Convenio se prefirió esa expresión a la de «relación laboral», propuesta en el anteproyecto de dicho Convenio, debido, esencialmente, a que esta última expresión era desconocida en algunos sistemas jurídicos nacionales. [19] En consecuencia, sería incorrecto establecer una oposición entre «contrato» y «relación» en el ámbito de la sección 5. [20]

36. Por consiguiente, la inexistencia de un contrato formal, en el sentido del Derecho material, entre los demandados en el procedimiento principal y una determinada sociedad Arcadia no excluye que de los hechos deba inferirse la existencia de un «contrato» a efectos de las disposiciones de la sección 5. A la inversa, los contratos concluidos entre los interesados y otras sociedades del grupo no se considerarán necesariamente «contratos individuales de trabajo» en el sentido de dicha sección.

37. En segundo lugar, de la resolución de remisión se desprende que, con independencia de las estipulaciones de los contratos en cuestión, en la práctica, los diferentes nombramientos de los demandados en el procedimiento principal como empleados de una u otra sociedad Arcadia y sus movimientos en el seno el grupo, en la práctica, no modificaron la naturaleza de las funciones que desempeñaron ni afectaron a sus roles respectivos de CEO y de CFO *de las diferentes sociedades Arcadia y del grupo en sí mismo*. En definitiva, dichos nombramientos eran puramente formales. Los contratos fueron redactados por los propios interesados o siguiendo sus instrucciones y fueron ellos quienes *eligieron* no solamente los términos contractuales, sino también *el tener un contrato de este tipo con una sociedad en lugar de con otra*. [21]

16 Véase la sentencia Holterman, apartados 39 a 45 y 49. En los dos primeros de estos apartados, el Tribunal de Justicia hizo además referencia a la circunstancia de que entre trabajador y empresario exista una relación duradera que inserte al primero en el marco de cierta organización de los asuntos del segundo. No obstante, el hecho de que el Tribunal de Justicia no incluyera este elemento en su respuesta del apartado 49 ni en el fallo de dicha sentencia indica, a mi juicio, que no lo considera un *requisito* a efectos de la calificación de «contrato individual de trabajo», en el sentido de la sección 5, sino una simple *descripción* de este tipo de contrato.

17 Véase, por analogía, el Informe sobre el Convenio relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de los profesores Mario Giuliano, de la Universidad de Milán, y Paul Lagarde, de la Universidad París I (DO 1980, C 282, p. 1), especialmente p. 25. Véanse, asimismo, Baker Chiss, C., «Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale — Compétence — Règles de compétences spéciales — Règles de compétence protectrices des parties faibles — Contrat de travail — Articles 20 à 23 du règlement (UE) nº 1215/2012», *JurisClasseur Droit international*, fasc. 584-155, 15 de septiembre de 2014, §§ 29 a 38 y 46; Merrett, L., *Employment Contracts in Private International Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 62 a 77, y Grušić, U., *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, 2015, pp. 78 a 83.

18 DO 1980, L 266, p. 1; EE 01/03 p. 36.

19 Véase Grušić, U., *op. cit.*, pp. 61 y 62.

20 Por lo demás, esta interpretación es esencial para cumplir el objetivo de protección perseguido por la sección 5. La interpretación del concepto de «contrato individual de trabajo» en el sentido de esta sección debe ser lo suficientemente amplia para cubrir al conjunto de trabajadores que deben ser objeto de protección, incluidos aquellos que mantienen una relación laboral «atípica», sin un verdadero contrato, pero con un vínculo de dependencia con su empleador.

21 Por lo demás, Arcadia ha alegado ante los órganos jurisdiccionales nacionales que la elección de los demandados en el procedimiento principal de estar formalmente empleados por Arcadia London o Arcadia Singapore, pero no por Arcadia Switzerland, se explica simplemente por el hecho de que tributaban en Suiza en virtud de un régimen fiscal que prohibía cualquier trabajo remunerado en dicho Estado. Véase Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales) (Sala de lo Civil), Reino Unido], de 19 de agosto de 2016, Peter Miles Bosworth y Colin Hurley c. Arcadia Petroleum Ltd y otros, [2016] EWCA Civ 818, apartado 71.

38. Por lo tanto, seguidamente procede determinar si la relación entre los demandados en el procedimiento principal, en su condición de directivos, y *cada una de las sociedades Arcadia*, al margen de que entre ellos existiera o no un contrato formal en un momento dado, debe considerarse un «contrato individual de trabajo» en el sentido de las disposiciones de la sección 5.

39. A este respecto, una persona que asume las funciones de directivo de una sociedad, acepta libremente las obligaciones inherentes al cargo. Del mismo modo, al confiar un mandato social a esa persona, la sociedad asume voluntariamente ciertas obligaciones respecto a ella. En particular, las funciones de directivo de una sociedad se ejercen generalmente a cambio de una retribución. [22] En consecuencia, existen *obligaciones libremente asumidas* entre la sociedad y el directivo, «en materia contractual» en el sentido del artículo 5, punto 1, del Convenio de Lugano II y del Reglamento Bruselas I. En mi opinión, esto es válido tanto en el caso de que el directivo haya sido nombrado formalmente (directivo de Derecho) como en el caso de que, sin haberlo sido, se comporte como tal (directivo de hecho). [23]

40. En el marco de las «obligaciones contractuales» que de tal modo vinculan al directivo y a la sociedad, el primero presta un servicio a la segunda a cambio de retribución. De acuerdo con lo expuesto en el punto 36 de las presentes conclusiones, la relación existente entre ambos debe calificarse de «contrato individual de trabajo», en el sentido de la sección 5, únicamente si, en el ejercicio de sus funciones, el directivo está subordinado a la sociedad.

41. A este respecto, en la sentencia Holterman el Tribunal de Justicia declaró que, a efectos de la sección 5, la existencia de una relación de subordinación «debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes». Asimismo, el Tribunal de Justicia indicó que un directivo que sea titular de una parte del capital social suficiente para influir de manera «significativa» en las personas normalmente competentes para darle instrucciones y para controlar la observancia de estas no se considerará subordinada a la sociedad. [24]

42. Sería erróneo interpretar tal razonamiento de forma inversa, en el sentido de que un directivo por el mero hecho de no participar en el capital social, como era el caso de los demandados en el procedimiento principal, está subordinado a la sociedad. Si bien el Tribunal de Justicia indicó en dicha sentencia una circunstancia que excluía en todo caso una relación de subordinación, no se pronunció acerca de los elementos que la caracterizan.

43. En relación con tales elementos, cabe inspirarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de «trabajador», en el sentido del artículo 45 TFUE y de determinadas directivas de armonización. Según dicha jurisprudencia, lo que caracteriza a una relación de subordinación es el hecho de que el trabajador esté sometido a la dirección de otra persona, que le impone no solamente las prestaciones que debe desarrollar, sino sobre todo la forma en que debe hacerlo, y cuyas instrucciones y normas internas debe respetar. En consecuencia, para determinar la existencia de

22 Así ocurría sin duda en el presente caso. La circunstancia de que la retribución de los demandados en el procedimiento principal fuera abonada únicamente por determinadas sociedades del grupo Arcadia carece, a mi juicio, de pertinencia. La forma de retribución y el modo de pago no son relevantes. Véase, por analogía la sentencia de 19 de diciembre de 2013, Corman-Collins (C-9/12, EU:C:2013:860), apartados 39 y 40.

23 Véase la sentencia Holterman, apartados 53 y 54. Véanse, asimismo, sobre el concepto de «materia contractual» en el sentido del artículo 5, punto 1, del Reglamento Bruselas I, las sentencias de 17 de junio de 1992, Handte (C-26/91, EU:C:1992:268), apartado 15, y de 17 de septiembre de 2002, Tacconi (C-334/00, EU:C:2002:499), apartado 23.

24 Véase la sentencia Holterman, apartados 46 y 47.

dicha relación de subordinación procede centrarse en la autonomía y flexibilidad del trabajador para elegir el horario, el lugar y modo de desarrollar las tareas que le han sido encomendadas y/o en la supervisión y control que el empresario ejerce sobre la forma en que el trabajador desempeña sus funciones. [25]

44. De lo anterior resulta que, como sostienen el grupo Arcadia y la Confederación Suiza, un directivo solo está subordinado a la sociedad si está bajo la dirección efectiva de otra persona en el ejercicio y la organización de sus funciones. La existencia de tal dirección se aprecia con arreglo a la naturaleza de las funciones de que se trate, del ámbito en el que se ejerzan, de la extensión de las facultades del interesado y del control de que sea objeto en el seno de la sociedad. [26]

45. Pues bien, por definición, no están subordinados a la sociedad en el ejercicio de sus funciones los dirigentes sociales que, como en el caso de los demandados en el procedimiento principal, según las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, en su condición de CEO y CFO disfrutan de las más amplias facultades para administrar la sociedad y actuar en nombre y por cuenta de esta y tienen control y autonomía plenos para la gestión diaria de los asuntos de la sociedad y el desempeño de sus funciones, como demuestra, en este caso, el hecho de que sus sucesivos contratos de trabajo fueran redactados por ellos mismos o bajo su responsabilidad y que eligieran los términos de tales contratos y a su empleador formal.

46. En particular, a diferencia de lo que alegan los demandados en el procedimiento principal, la subordinación no puede confundirse con las pautas generales que el directivo recibe de los accionistas con respecto a la orientación de los asuntos de la sociedad. Dichas pautas generales *no se refieren a la ejecución misma de las funciones del directivo o a la forma en que las organiza*. El directivo de una sociedad tiene el mandato de actuar para la sociedad y, a tales efectos, puede recibir instrucciones razonables para desempeñar su cometido. Por las mismas razones, los mecanismos de control que la ley concede a los accionistas no instituyen, en sí mismos, un vínculo de subordinación. Todo mandatario debe rendir cuentas en alguna medida a su comitente. Por otro lado, el mero hecho de que esos mismos accionistas tengan la facultad de destituir al directivo no basta para considerar que existe tal relación de subordinación, puesto que tal facultad no implica que puedan interferir en la manera de dirigir la sociedad. Es más, en cualquier mandato, un comitente puede poner fin unilateralmente a la relación con el mandatario, sin que tal circunstancia demuestre, en sí misma que existe una relación de subordinación.

47. Habida cuenta de todo lo anterior, considero que en el presente asunto ciertamente existían entre los demandados en el procedimiento principal y cada una de las sociedades Arcadia «obligaciones contractuales» recíprocas, conforme al artículo 5, punto 1, del Convenio de Lugano II. Estas obligaciones fueron formalizadas mediante contrato en algunos casos, mientras que en otros no lo fueron. No obstante, en ninguno de ellos pueden considerarse «contratos individuales de trabajo» en el sentido de las disposiciones de la sección 5.

25 Véanse las sentencias de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (66/85, EU:C:1986:284), apartado 18; de 13 de enero de 2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18), apartado 72; de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411), apartados 36 y 37, y de 20 de noviembre de 2018, Sindicatul Familia Constanţa y otros (C-147/17, EU:C:2018:926), apartado 45.

26 Véase, por analogía, la sentencia de 11 de noviembre de 2010, Danosa (C-232/09, EU:C:2010:674), apartado 47, y, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Holterman Ferho Exploitatie y otros (C-47/14, EU:C:2015:309), punto 32.

48. A diferencia de lo que alegan los demandados en el procedimiento principal, esta interpretación no es puesta en entredicho por las sentencias Danosa [27] y Balkaya. [28] A este respecto, conviene recordar que, en la primera de estas sentencias, el Tribunal de Justicia declaró, en relación con la Directiva 92/85/CEE, [29] que «si bien no puede excluirse» que los directivos de una sociedad no estén incluidos en el concepto de trabajador, en el sentido de dicha Directiva, «teniendo en cuenta las funciones específicas que se les encomiendan y el marco y la manera en que se ejercen estas funciones», un directivo se considera subordinado a la sociedad cuando (1) forma parte integrante de la sociedad, (2) tiene que rendir cuentas de su administración a otro órgano de la sociedad y colaborar con este y (3) puede ser destituido por la junta de socios. [30] En la sentencia Balkaya, [31] el Tribunal de Justicia aplicó ese razonamiento a la Directiva 98/59/CE [32] y, sobre la base de indicios similares, calificó a un directivo de «trabajador» en el sentido de dicha Directiva.

49. No obstante, la interpretación del Tribunal de Justicia de un concepto en un ámbito normativo del Derecho de la Unión no puede ser automáticamente aplicada a otro ámbito distinto. [33] Como he indicado, se trata tan solo de una fuente de inspiración. El concepto de «contrato individual de trabajo», en el sentido de las disposiciones de la sección 5, debe interpretarse fundamentalmente en relación con el sistema y con los objetivos del Convenio de Lugano II y del Reglamento Bruselas I, [34] así como con los principios generales que se deducen de los sistemas jurídicos nacionales. [35] Por tanto, estos precedentes solo pueden aplicarse a dichos instrumentos extremando la prudencia. Asimismo, observo que en la sentencia Holterman el Tribunal de Justicia no aplicó *expressis verbis* esta jurisprudencia, sino que se limitó a hacer referencia a ella de forma puntual.

50. A este respecto, conviene señalar que la mayoría de las personas que ocupan cargos directivos en sociedades reúnen los tres indicios tomados en consideración por el Tribunal de Justicia en la sentencia Danosa [36] para apreciar que un directivo es un «trabajador» en el sentido de la Directiva 92/85. En efecto, en cierta medida, dicho directivo en general (1) está efectivamente «integrado» en la sociedad, (2) debe rendir cuentas a otro órgano de la sociedad —consejo de administración o de supervisión, junta de socios, etc.— y (3) puede ser destituido por ese órgano.

51. Ahora bien, aunque en las sentencias Danosa [37] y Balkaya, [38] el Tribunal de Justicia decidió extender a los directivos de las sociedades la protección contra el despido que ofrecen las directivas de armonización de la Unión, trasladar la lógica resultante de dichas sentencias a las normas de competencia establecidas por el Reglamento Bruselas I y el Convenio de Lugano II entrañaría que gran parte de los litigios entre una sociedad y sus directivos se apreciaran bajo el prisma del concepto de «contrato individual de trabajo» y se rigieran por las disposiciones de la sección 5.

27 Sentencia de 11 de noviembre de 2010 (C-232/09, EU:C:2010:674).

28 Sentencia de 9 de julio de 2015 (C-229/14, EU:C:2015:455).

29 Directiva del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO 1992, L 348, p. 1).

30 Sentencia de 11 de noviembre de 2010, Danosa (C-232/09, EU:C:2010:674), apartados 48 a 51.

31 Sentencia de 9 de julio de 2015 (C-229/14, EU:C:2015:455), apartados 37 a 41.

32 Directiva del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DO 1998, L 225, p. 16).

33 Véanse, en este sentido, la sentencia de 23 de abril de 2009, Falco Privatstiftung y Rabitsch (C-533/07, EU:C:2009:257), apartados 33 a 40), así como mis conclusiones presentadas en los asuntos Nogueira y otros (C-168/16 y C-169/16, EU:C:2017:312), punto 112.

34 Véanse las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto Holterman Ferho Exploitatie y otros (C-47/14, EU:C:2015:309), punto 25.

35 Véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2013, Schneider (C-386/12, EU:C:2013:633), apartado 18; de 19 de diciembre de 2013, Corman-Collins (C-9/12, EU:C:2013:860), apartado 28, y de 14 de julio de 2016, Granarolo (C-196/15, EU:C:2016:559), apartado 23.

36 Sentencia de 11 de noviembre de 2010 (C-232/09, EU:C:2010:674).

37 Sentencia de 11 de noviembre de 2010 (C-232/09, EU:C:2010:674).

38 Sentencia de 9 de julio de 2015 (C-229/14, EU:C:2015:455).

52. A este respecto, debo recordar que, en los sistemas nacionales de los Estados miembros, la relación entre una sociedad y sus directivos no se rige por el Derecho laboral, sino por el *Derecho de sociedades*. Los directivos son órganos sociales. Las funciones del directivo de una sociedad y sus facultades y obligaciones resultan de los estatutos de la sociedad y de las disposiciones legales que le son aplicables. Es cierto que en algunos Estados miembros, entre ellos el Reino Unido, directivos y sociedades pueden regular sus respectivos derechos y obligaciones mediante un contrato, que puede ser un contrato de administración, de mandato o de trabajo.[39] Dicho esto, el Derecho de sociedades sigue siendo el núcleo de su relación.

53. En particular, la controversia sobre la responsabilidad de los directivos frente a la sociedad y sus accionistas —telón de fondo del presente asunto— está comprendida en el ámbito del Derecho de sociedades, generalmente objeto de disposiciones específicas en el Derecho de los Estados miembros, que regulan los requisitos y alcance de esta responsabilidad.[40]

54. Una discrepancia tan evidente entre las calificaciones nacionales y la pertinente a efectos del Convenio de Lugano II y del Reglamento Bruselas I no facilitaría la aplicación de estos instrumentos ni la previsibilidad de las normas de competencia que establecen. Además, las desventajas prácticas que resultarían de la aplicación generalizada de la sección 5 a los directivos de las sociedades determinarían su inadecuación por la dificultad de adaptación a la especificidad de la controversia relativa a la responsabilidad de estos y por ser poco conformes al objetivo de buena administración de la justicia. En este ámbito, la responsabilidad solidaria de los diferentes directivos de una sociedad por los daños causados a esta en el ámbito de su gestión es una solución habitual.[41] No obstante, con arreglo a la sección 5, cada una de estas personas debería ser demandada separadamente ante los órganos jurisdiccionales de su propio domicilio, sin que existiera la posibilidad de concentrar el litigio en un fuero único.

55. Asimismo, conviene recordar que las normas de competencia del Reglamento Bruselas I y, por extensión, las del Convenio de Lugano II deben interpretarse de conformidad con las normas de conflicto de ley establecidas por el Reglamento Roma I.[42] Ahora bien, aunque el artículo 8 de este Reglamento contiene disposiciones relativas a los «contratos individuales de trabajo», también establece, en su artículo 1, apartado 2, letra f), que se excluirán del ámbito de aplicación de dicho Reglamento «las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades» relativas, en particular, a su «funcionamiento interno».

39 Véanse las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto Holterman Ferho Exploitatie y otros (C-47/14, EU:C:2015:309), nota a pie de página 28. Véase *Companies Act* 2006, parte 10, capítulo 5, § 227, titulado «Director's service contracts». Por el contrario, en otros Estados miembros y, en particular, en Francia, la acumulación de un mandato societario y de un contrato de trabajo solo es posible si el directivo desempeña funciones técnicas al margen de las inherentes a dicho mandato. En ese caso, el interesado tiene *dos estatutos independientes*: las funciones como directivo están sujetas a las normas del Derecho de sociedades, mientras que las funciones como trabajador se rigen por las normas protectoras del Derecho laboral, y el directivo recibe dos remuneraciones diferentes. Véase Bavozet, F., «dirigeants salariés et assimilés. — Affiliation au régime des salariés. — Conditions de cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social», *JurisClasseur*, fasc. S-7510, 7 de febrero de 2018.

40 Véanse, a modo de ejemplo, el artículo L. 223-22 del code de commerce (Código Mercantil) francés, los artículos 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital española de 2 de julio de 2010 (BOE nº 161, de 3 de julio de 2010, p. 58472), y los artículos 361 y 363 a 365 de la Selskabsloven (Ley de Sociedades danesa). Estas normas han sido objeto de una armonización muy limitada mediante los artículos 106 y 152 de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (DO 2017, L 169, p. 46). Véase también el artículo 51 del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DO 2001, L 294, p. 1).

41 Véase, a título de ejemplo, el artículo L. 223-22 del Código Mercantil francés y el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital española.

42 Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO 2008, L 177, p. 6). Véanse el considerando 7 de dicho Reglamento y la sentencia de 21 de enero de 2016, ERGO Insurance y Gjensidige Baltic (C-359/14 y C-475/14, EU:C:2016:40), apartados 43 a 45.

56. A este respecto, existe un amplio consenso acerca de que pertenecen a esta categoría las cuestiones vinculadas a las facultades y al funcionamiento de los órganos de la sociedad, incluidos los directivos, y a su responsabilidad frente a esta, los accionistas o los socios en el supuesto de uso ilícito de dichas facultades.[43] Habida cuenta de la exclusión establecida en tal sentido por el Reglamento Roma I, la determinación de la ley aplicable a dichas cuestiones *se rige por las normas de conflicto de ley de cada Estado miembro*.

57. En consideración a lo expuesto, dudo mucho que el legislador de la Unión y los redactores del Convenio de Lugano II tuvieran la intención de extender la aplicación de la sección 5 a las controversias en materia de responsabilidad civil de los directivos. Los intereses en juego en este ámbito son, por lo demás, muy diferentes de los que existen en torno a la responsabilidad de los trabajadores frente a sus empleadores. El equilibrio que se persigue es distinto y las normas de Derecho internacional privado forman parte de dicho equilibrio.[44]

58. En otras palabras, a los efectos de las disposiciones de la sección 5, no es posible adoptar una interpretación del concepto de «subordinación» idéntica a la adoptada por el Tribunal de Justicia en las sentencias Danosa[45] y Balkaya,[46] a riesgo de crear una verdadera confusión entre las normas del Derecho laboral y las del Derecho de sociedades, que puede estar justificada en el contexto de dichas sentencias pero resultaría especialmente inadecuada en el marco de las reglas de competencia establecidas en el Convenio de Lugano II.

59. El argumento de los demandados en el procedimiento principal según el cual las normas de la sección 5 no hacen distinciones entre categorías de trabajadores no pone en entredicho la interpretación propuesta en los puntos 45 a 47 de las presentes conclusiones. En efecto, no sugiero al Tribunal de Justicia que haga distinciones entre trabajadores subordinados, que, por lo demás, no han sido establecidas por los redactores del Convenio de Lugano II. Simplemente le propongo que, a efectos de la aplicación de dicha sección, adopte una acepción del concepto de «subordinación» que tenga en cuenta las especificidades del Derecho de sociedades y la realidad de los mandatos societarios.

60. Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión prejudicial que un directivo de una sociedad que tiene control y autonomía plenos para la gestión diaria de los asuntos de la sociedad a la que representa y para desempeñar sus propias funciones no está subordinado a dicha sociedad y, en consecuencia, no está vinculado a ella mediante un «contrato individual de trabajo» en el sentido del artículo 18, apartado 1, del Convenio de Lugano II. El hecho de que los accionistas de dicha sociedad tengan la facultad de destituir a ese directivo no pone en entredicho esta interpretación.

43 Existe también un amplio consenso acerca de que tales cuestiones forman parte del ámbito de la *lex societatis*. Véanse el informe Giuliano-Lagarde, antes citado, p. 12; Cour de cassation, 1.ère Chambre civile [Tribunal de Casación, Sala Primera de lo Civil, (Francia)], 1 de julio de 1997, n.º 95-15.262; Cohen, D., «La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2003, p. 585, y Menjucq, M., *Droit international et européen des sociétés*, L.G.D.J, 3.ª ed., 2011, pp. 116 y 117.

44 Se trata de encontrar un delicado equilibrio entre, por una parte, el objetivo de proteger los intereses de los socios y garantizar la confianza necesaria para el buen funcionamiento de cualquier empresa, garantizando que los directivos actúen con responsabilidad so pena de incurrir en una responsabilidad-sanción, y, por otra parte, la necesidad de no paralizar la dirección de las sociedades, que entraña la asunción de ciertos riesgos, estableciendo una responsabilidad sistemática y excesiva. Véase Guyon, Y., «Responsabilité civile des dirigeants», *JurisClasseur Sociétés Traité*, § 1 y doctrina citada.

45 Sentencia de 11 de noviembre de 2010 (C-232/09, EU:C:2010:674).

46 Sentencia de 9 de julio de 2015 (C-229/14, EU:C:2015:455).

C. Sobre el criterio que permite determinar si una demanda es «en materia de» contrato individual de trabajo (cuestiones prejudiciales primera y tercera)

61. De entrada, procede señalar que no sería necesario responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera planteadas por el órgano jurisdiccional remitente si el Tribunal de Justicia juzgara, como le sugiero, que no existen «contratos individuales de trabajo», en el sentido del artículo 18, apartado 1, del Convenio de Lugano II, entre directivos que gocen de facultades tan amplias como en el caso de los demandados en el procedimiento principal y las sociedades para las que desempeñan sus funciones. Por lo tanto, solo las examino con carácter subsidiario.

62. Dicho esto, conviene recordar que en el caso de autos las demandas presentadas por Arcadia contra los demandados en el procedimiento principal se basan, en esencia, en el ilícito de conspiración con uso de medios ilegítimos (*unlawful means conspiracy*) y en el ilícito de abuso de confianza (*breach of fiduciary duty*). Pues bien, en Derecho inglés, estos fundamentos jurídicos son de carácter *delictual* (*tort*).

63. En este contexto, el órgano jurisdiccional pregunta, en sus cuestiones primera y tercera, si una demanda presentada entre las partes de un «contrato individual de trabajo» y basada en fundamentos jurídicos delictuales puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la sección 5 y, en tal caso, conforme a qué criterios.

64. Según Arcadia, la sección 5 no es aplicable a sus demandas, puesto que estas no se basan en *una obligación derivada de los contratos de trabajo de los demandados en el procedimiento principal*,[47] sino en el incumplimiento de deberes legales *existentes con independencia de tales contratos*. Sostiene que, de hecho, esta sección es, por su naturaleza, una subdivisión de la categoría «materia contractual», contemplada en el artículo 5, punto 1, del Convenio de Lugano II. A su juicio, una demanda con la referida base jurídica pertenece al ámbito de la «materia delictual», en el sentido del artículo 5, punto 3, de dicho Convenio y, por tanto, está excluida de dicha sección.

65. Por el contrario, los demandados en el procedimiento principal alegan que, a efectos de la aplicación de la sección 5, el criterio decisivo es si, con independencia de la norma de Derecho material en la que el empresario base su demanda, el comportamiento reprochado *puede constituir un incumplimiento de las obligaciones contractuales* derivadas del contrato individual de trabajo que se pudiera invocar.[48] Pues bien, así ocurre en el presente asunto. A tal respecto, no se discute que Arcadia podría haber fundamentado sus demandas en un incumplimiento de las obligaciones contractuales expresas o implícitas (*breach of express and/or implied contractual duties*) derivadas de los contratos de trabajo de los interesados.[49] En consecuencia, esta sección se aplicaría al litigio principal.

66. Teniendo en cuenta las alegaciones de las partes en el procedimiento principal y con el fin de proponer una respuesta exhaustiva a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, considero útil, en primer lugar, retomar en términos generales la problemática de las demandas delictuales presentadas entre cocontratantes y analizar las soluciones aplicables en la materia en el marco del artículo 5, punto 1, y del artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I y del Convenio de Lugano II (1). Acto seguido, expondré los motivos por los que, en mi opinión, la sección 5 exige una solución diferente (2).

47 Criterio mencionado, en esencia, en las cuestiones prejudiciales primera y tercera, letra b), punto 2.

48 Criterio mencionado, en esencia, en las cuestiones prejudiciales primera y tercera, letra a).

49 Lo que el grupo hizo en su demanda inicial, antes de cambiar de opinión a raíz de que los demandados invocaran la aplicación de la sección 5.

1. La problemática de las demandas delictuales presentadas entre cocontratantes

67. En el plano teórico, en el ámbito de la responsabilidad civil, la distinción entre lo que forma parte de la materia contractual y lo que pertenece al ámbito de la materia delictual depende de la naturaleza de la obligación que invoca el demandante frente al demandado. En definitiva, se trata de determinar si dicha obligación se deriva del incumplimiento de un deber directamente resultante de la ley y oponible *erga omnes* (en cuyo caso la obligación es delictual), o bien del efecto de un acuerdo de voluntades entre dos personas (en cuyo caso la obligación es contractual). [50]

68. Sin embargo, puede suceder que el mismo comportamiento lesivo constituya simultáneamente un incumplimiento de una obligación contractual y un incumplimiento de un deber legal que sea oponible *erga omnes*. Se da entonces una *concurrencia de responsabilidades* (o concurrencia de obligaciones contractuales y delictuales).

69. El fraude que el grupo Arcadia imputa a los demandados en el procedimiento principal da lugar a esa concurrencia de responsabilidades. En efecto, en el Derecho inglés existe un deber general de no conspirar para dañar a otros. El incumplimiento de dicho deber constituye un ilícito civil (*tort of conspiracy*). Al margen de ello, el hecho de que un trabajador perjudique a su empleador constituye un incumplimiento de su obligación contractual de lealtad. Por lo tanto, el comportamiento lesivo genera potencialmente dos responsabilidades distintas.

70. Ante esta concurrencia de responsabilidades, determinados sistemas nacionales, entre ellos el Derecho inglés, otorgan al demandante *la posibilidad de elegir* fundamentar la demanda contra su cocontratante en la responsabilidad delictual y/o en la responsabilidad contractual. [51] Por el contrario, otros sistemas, como el Derecho francés, *excluyen en principio dicha posibilidad de elección, según la norma denominada de «no acumulación», conforme a la cual* un demandante no puede invocar una obligación extracontractual contra su cocontratante cuando los hechos que alega también constituyen un incumplimiento contractual.

71. El Reglamento Bruselas I y el Convenio de Lugano II incorporan la dicotomía entre «materia contractual» (artículo 5, punto 1) y «materia delictual» (artículo 5, punto 3) y establecen normas de competencia diferentes en función de que una demanda se halle comprendida en una u otra de estas categorías. La problemática de la concurrencia de responsabilidades se extiende, por tanto, a esos instrumentos. En este contexto, se trata de determinar si la elección del demandante de fundamentar su demanda contra su cocontratante en la responsabilidad contractual y/o en la responsabilidad delictual es determinante para fijar la competencia judicial.

72. El Tribunal de Justicia se pronunció por primera vez sobre la cuestión en su sentencia Kalfelis. [52] En el asunto que dio lugar a esta sentencia, un particular demandó a su banco con objeto de obtener la reparación del perjuicio sufrido en el marco de operaciones bursátiles, y fundamentó sus pretensiones, de forma acumulativa, en (1) la responsabilidad contractual, (2) la responsabilidad delictual y (3) el enriquecimiento sin causa (cuasicontractual). En particular, se planteó la cuestión de si el tribunal competente en virtud del artículo 5, punto 3, del Convenio de Bruselas para pronunciarse sobre la responsabilidad delictual también era competente en relación con los fundamentos contractuales y cuasicontractuales.

50 Sin perjuicio de que todas las obligaciones tienen su *fuente primaria* en la ley, puesto que ninguna existiría si la ley no lo permitiera (mediante el establecimiento de normas que imponen el efecto obligatorio de los pactos y su vigencia, etc.).

51 En el Derecho material de los Estados miembros, la responsabilidad contractual y la delictual pueden estar sujetas a regímenes diferentes en lo que respecta a la carga de la prueba, al alcance de la posible indemnización, al plazo de prescripción, etc. En consecuencia, el demandante puede tener interés en elegir una u otra vía.

52 Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (189/87, EU:C:1988:459).

73. A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró que el concepto de «materia de delitos o cuasidelitos» debe definirse de manera autónoma como un concepto que abarca «todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la "materia contractual" en el sentido del [punto] 1 del artículo 5» del Convenio de Bruselas. Este pasaje, interpretado de forma aislada, parece indicar que la elección del demandante de basar su demanda contra su cocontratante en la responsabilidad delictual carece de pertinencia a efectos de la competencia judicial, que, en cualquier caso, se vinculará a la categoría «materia contractual». Sin embargo, el Tribunal de Justicia precisó «que un Tribunal que conforme al [punto] 3 del artículo 5 [de dicho Convenio] sea competente para conocer de un aspecto de una demanda que tenga un fundamento delictivo, no es competente para conocer otros aspectos de la misma demanda basados en fundamentos no delictivos». [53]

74. A pesar de la naturaleza algo ambigua de su respuesta, parece que el Tribunal de Justicia consideró en esa sentencia que procede calificar como «materia contractual» o «materia delictual» cada uno de los fundamentos jurídicos invocados por el demandante, es decir, las diferentes normas de Derecho material que sirven de *causa* a sus pretensiones. Así pues, la competencia judicial puede variar en función de la norma material que este invoque. [54] Debe precisarse que no se trata de determinar, a efectos del Reglamento Bruselas I o del Convenio de Lugano II, la calificación establecida por el Derecho nacional. En realidad, a juicio del Tribunal de Justicia, la norma invocada remite a una obligación. Es esta obligación la que, en atención a tales instrumentos, debe calificarse, *de manera autónoma*, de «contractual» —cuando es «libremente asumida» por las partes— [55] o de «delictual o cuasidelictual» —cuando no forma parte de la primera categoría—. Cuando, en el marco de una misma acción, el demandante invoca distintos fundamentos jurídicos se basa en obligaciones diferentes —contractual, delictual, etc.— que a su vez pueden pertenecer al ámbito competencial de diferentes jueces. [56]

75. El Tribunal de Justicia examinó de nuevo esta problemática en la sentencia Brogsitter. [57] En el asunto en el que recayó esa sentencia, un particular exigía una indemnización a sus cocontratantes en concepto de responsabilidad delictual, sobre la base de las normas de Derecho alemán contra la competencia desleal. En este contexto, les imputaba, en particular, haber incumplido una obligación de exclusividad prevista en su contrato. Al Tribunal de Justicia se le planteó entonces la cuestión de qué calificación, en el sentido del Reglamento Bruselas I, debía otorgarse a esas pretensiones.

76. Tomando como punto de partida el *dictum* de la sentencia Kalfelis, [58] según el cual la materia delictual comprende toda pretensión con la que se exija la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual, el Tribunal de Justicia estimó que a fin de incluir las pretensiones en cuestión en una u otra de esas categorías era preciso comprobar «si, independientemente de su calificación en Derecho nacional, [revestían] *carácter contractual*». [59]

53 Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis (189/87, EU:C:1988:459), apartados 16 a 19.

54 De hecho, el Tribunal de Justicia ha confirmado este enfoque posteriormente. Véase, en particular, la sentencia de 16 de mayo de 2013, Melzer (C-228/11, EU:C:2013:305), apartado 21. Véase, asimismo, Zogg, S., «Accumulation of Contractual and Tortious Causes of Action Under the Judgments Regulation», *Journal of Private International Law*, 9:1, pp. 39 a 76, especialmente pp. 42 y 43

55 Sentencia de 17 de junio de 1992, Handte (C-26/91, EU:C:1992:268), apartado 15.

56 De acuerdo con este enfoque, en el presente asunto, las diferentes *claims* de Arcadia contra los demandados en el procedimiento principal se basan en diversas causas —*breach of fiduciary duty, conspiracy*, etc.— que deben ser calificadas separadamente. A este respecto, el ilícito de *conspiracy* remite, como ya he indicado, al incumplimiento de un deber legal oponible *erga omnes* y, por tanto, forma parte de la «materia delictual». Por el contrario, el ilícito de *breach of fiduciary duty* es una causa comprendida en la «materia contractual». En efecto, las obligaciones fiduciarias en cuestión habían sido asumidas libremente por los demandados en el procedimiento principal respecto a Arcadia (véase el punto 39 de las presentes conclusiones).

57 Sentencia de 13 de marzo de 2014 (C-548/12, EU:C:2014:148).

58 Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (189/87, EU:C:1988:459), apartado 17.

59 Sentencia de 13 de marzo de 2014, Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148), apartados 20 y 21 (el subrayado es mío).

77. Según el Tribunal de Justicia, así ocurre «si puede considerarse que el comportamiento recriminado es un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato» [60] y que «este será el caso, *a priori*, si la interpretación del contrato […] resulta indispensable para determinar la licitud o, por el contrario, la ilicitud del comportamiento imputado […]». [61] Por consiguiente, corresponde al Juez nacional «determinar si con las acciones entabladas […] se formula una pretensión de resarcimiento [cuya causa] [62] pueda razonablemente considerarse [una] inobservancia de los derechos y obligaciones del contrato […], de tal modo que resulte indispensable tener en cuenta el contrato para resolver el recurso». [63]

78. Desde mi punto de vista, la sentencia Brogsitter [64] supone un punto de inflexión respecto al enfoque adoptado en la sentencia Kalfelis. [65] En efecto, el Tribunal de Justicia parecer haber cambiado de perspectiva al efectuar la calificación a efectos de las normas de competencia establecidas en el artículo 5, punto 1, y el artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I y del Convenio de Lugano II. Se apartó de una calificación basada en el *fundamento jurídico material* que invoca el demandante para adoptar una calificación fundamentada en los *hechos que sustentan la demanda*. La manera en que este formula la demanda no parece que sea pertinente para tal examen.

79. No obstante, el alcance exacto de la sentencia Brogsitter [66] es incierto. A este respecto, Arcadia alega que el «criterio Brogsitter» se desprende del apartado 25 de dicha sentencia: una pretensión será «materia contractual» cuando [la interpretación del contrato] resulte *indispensable para determinar la licitud o, por el contrario, la ilicitud del comportamiento imputado en el ámbito delictual*. Comparto este análisis. En mi opinión, el Tribunal de Justicia pretendía calificar como «contractuales» las pretensiones basadas en responsabilidad delictual cuya fundamentación dependa del contenido de las obligaciones contractuales que vinculan a las partes del litigio. [67]

80. Por el contrario, los demandados en el procedimiento principal estiman que el «criterio Brogsitter» figura en los apartados 24 y 29 de dicha sentencia, a cuyo tenor una pretensión será «en materia contractual» cuando el comportamiento recriminado *puede considerarse —es decir, pueda constituir— un incumplimiento de las obligaciones contractuales*, lo invoque el demandante o no. En este sentido, la cuestión no radica en si resulta indispensable determinar el contenido de las obligaciones contractuales para pronunciarse sobre la legalidad del comportamiento recriminado en el ámbito delictual, sino en si existe una posible correspondencia entre ese comportamiento y el contenido de dichas obligaciones. Habida cuenta de que, atendiendo a los hechos, tal comportamiento puede constituir tanto un ilícito delictual como un incumplimiento contractual y de que el demandante podría invocar tanto uno como otro, la calificación contractual prevalece a efectos de la competencia judicial.

81. Ahora bien, en determinadas sentencias recientes, el Tribunal de Justicia parece haber interpretado la sentencia Brogsitter [68] de la misma forma que los demandados en el procedimiento principal. A este respecto, en la sentencia Holterman —que, como ya he mencionado, también se refiere a una situación en la que se invocan fundamentos jurídicos diferentes en apoyo de una misma pretensión de

60 Sentencia de 13 de marzo de 2014, Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148), apartado 24. Este apartado se reproduce, en esencia, en la respuesta al apartado 29 de la sentencia y en su fallo.

61 Sentencia de 13 de marzo de 2014, Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148), apartado 25.

62 El Tribunal de Justicia parece haber adoptado una acepción del concepto de «causa» que remite no a la norma de Derecho material invocada por el demandante en apoyo de su pretensión (sentido en el que tal concepto es utilizado en el punto 74 de las presentes conclusiones), sino a los hechos mencionados en la demanda.

63 Véase la sentencia de 13 de marzo de 2014, Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148), apartado 26.

64 Sentencia de 13 de marzo de 2014 (C-548/12, EU:C:2014:148).

65 Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (189/87, EU:C:1988:459).

66 Sentencia de 13 de marzo de 2014 (C-548/12, EU:C:2014:148).

67 Véase un razonamiento similar en las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto Holterman Ferho Exploitatie y otros (C-47/14, EU:C:2015:309), punto 48, y en las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto Granarolo (C-196/15, EU:C:2015:851), puntos 14 y 18. En sus conclusiones, el Abogado General Cruz Villalón había propuesto, además, aplicar dicho criterio a la sección 5.

68 Sentencia de 13 de marzo de 2014 (C-548/12, EU:C:2014:148).

indemnización—, el Tribunal de Justicia declaró que para determinar si tal pretensión estaba comprendida «en materia contractual» o «en materia delictual», solo había de comprobarse si el comportamiento recriminado *podía considerarse un incumplimiento de las obligaciones contractuales*.[69] Sin embargo, el Tribunal de Justicia se limitó a reafirmar este criterio sin aplicarlo (o explicarlo) realmente, de manera que resulta complicado estar seguro del sentido que pretendía otorgarle.

82. A mi juicio, de todo lo anterior se desprende que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es, como mínimo, ambigua en lo que respecta a la manera en la que el artículo 5, punto 1, y el artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I y del Convenio de Lugano II deben aplicarse en el caso de concurrencia de responsabilidades. Estimo que sería útil que el Tribunal aclarara su posición al respecto.

83. Considero que a efectos de coordinar el artículo 5, punto 1, y el artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I y del Convenio de Lugano II, habida cuenta de los objetivos de seguridad jurídica, previsibilidad y buena administración de la justicia inherentes a estos instrumentos, es preferible acoger la lógica resultante de la sentencia Kalfelis[70] y calificar una demanda de «contractual» o de «delictual» a la luz del fundamento jurídico material invocado por el demandante. Al menos, el Tribunal de Justicia debería atenerse a la lectura estricta de la sentencia Brogsitter[71] que figura en el punto 79 de las presentes conclusiones. En otros términos, si una demanda presentada entre cocontratantes se funda, no en una obligación resultante de un contrato, sino en las normas de responsabilidad civil delictual, y no resulta indispensable determinar el contenido de las obligaciones contractuales para pronunciarse acerca de la legalidad del comportamiento reprochado, debería entenderse comprendida en el ámbito del artículo 5, punto 3, de dichos instrumentos.[72]

84. Ciertamente, debe admitirse que hacer depender la competencia judicial del fundamento jurídico material que invoca el demandante permite un cierto grado de *forum shopping*, dado que este podrá, en cierta medida, elegir al juez invocando las normas adecuadas. Por otro lado, un mismo comportamiento lesivo alegado por el demandante desde la perspectiva de distintos fundamentos jurídicos teóricamente podría ser competencia de jueces diferentes, lo que entraña un riesgo de fragmentación del litigio. En este contexto, una solución como la propuesta por los demandados en el procedimiento principal excluye el *forum shopping* y presenta la ventaja de permitir la acumulación de los litigios derivados de una relación contractual ante el foro contractual.

85. No obstante, los problemas descritos anteriormente deben ponerse en perspectiva. En efecto, los propios redactores del Convenio de Lugano II y del Reglamento Bruselas I permitieron cierto *forum shopping* al ofrecer al demandante distintas opciones de competencia. En caso de concurrencia de responsabilidades, tanto el foro contractual como el delictual están estrechamente relacionados con el litigio y estos instrumentos *no establecen una jerarquía entre tales foros*. En cuanto al riesgo de fragmentación del litigio, como el propio Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Kalfelis,[73] el demandante siempre podrá interponer su demanda ante los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, con arreglo al artículo 2 de dichos instrumentos, que en tal caso serán competentes para pronunciarse sobre la demanda en su conjunto.

69 Sentencia Holterman, apartados 32 y 71, en referencia a los apartados 24 a 27 de la sentencia de 13 de marzo de 2014, Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148). Aunque el Tribunal de Justicia mencionó estos cuatro apartados, finalmente solo se centró en el primero de ellos. Véase, en particular, la sentencia de 14 de julio de 2016, Melzer (C-196/15, EU:C:2016:559), apartado 21.

70 Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (189/87, EU:C:1988:459), apartado 20.

71 Sentencia de 13 de marzo de 2014 (C-548/12, EU:C:2014:148).

72 Según este enfoque, las demandas de Arcadia, en la medida en que se fundan en el ilícito de *conspiracy*, estarían comprendidas en esta categoría, suponiendo que no se aplique la sección 5. En efecto, no es necesario determinar el contenido de las obligaciones contractuales que vinculan a los demandados en el procedimiento principal con Arcadia para estimar que tal comportamiento es ilegal.

73 Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (189/87, EU:C:1988:459), apartado 20.

86. Asimismo, debe reconocerse que existe un aspecto práctico que tiene peso en este análisis. En efecto, mientras que determinados ordenamientos jurídicos, como el Derecho inglés, imponen a los demandantes normas de *strict pleading*, que les obligan a indicar en la demanda no solo los antecedentes de hecho y el objeto de la misma, sino también los fundamentos jurídicos en los que se apoyan, otros ordenamientos jurídicos, como el Derecho francés, no imponen tal exigencia a los demandantes. Sin embargo, también en esta ocasión, es necesario cierto relativismo. El hecho de que el demandante no esté obligado a indicar el fundamento jurídico que invoca no significa que no se deba tener en cuenta cuando ha tenido la previsión de hacerlo.

87. No obstante, más allá de estas consideraciones, mi posición está motivada esencialmente por un imperativo de simplicidad de las normas de competencia. Cabe recordar que el objetivo de seguridad jurídica exige que el juez nacional ante el que se ejercite la acción pueda pronunciarse con facilidad sobre su propia competencia, sin verse obligado a realizar un examen sobre el fondo del asunto. [74]

88. A este respecto, hacer depender la competencia del fundamento jurídico material (o de la obligación) que invoca el demandante ofrece al juez que conoce del asunto una lógica simple, puesto que, como ya he señalado, es dicha obligación la que deberá calificar de «contractual» o de «delictual», en el sentido del Reglamento Bruselas I o del Convenio de Lugano II. A la inversa, exigir al juez que califique la demanda a la luz de los hechos —considerando si existe un incumplimiento contractual que podría haber sido invocado por el demandante— complica enormemente su tarea. Como alega Arcadia, esto equivale a obligarlo a formular hipótesis sobre la manera en que se podría haber planteado un asunto en el litigio. Comprobar, en la fase de la competencia, en relación con los hechos, si existe correspondencia entre el comportamiento reprochado y el contenido de las obligaciones contractuales no siempre es tarea fácil. En muchos casos resultaría especialmente gravoso para el juez determinar o aun imaginar, en esa fase, el contenido de tales obligaciones, puesto que ello exigiría establecer la ley aplicable a dicho contrato, que determinará no solo el método de interpretación del contrato —esencial para dilucidar su contenido—, sino también todas las condiciones (*implied terms*) que dicha ley impone a un contrato de este tipo. La previsibilidad de las normas de competencia se vería mermada por esta dificultad.

89. Por otro lado, conviene recordar que, en principio, el juez debe poder determinar su competencia *únicamente sobre la base de las alegaciones del demandante*. [75] En cambio, exigir que el juez lleve a cabo una apreciación global de los hechos, entrañaría que, en la práctica, el demandado pudiera eludir la norma de competencia en «materia delictual» en el sentido del artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I y del Convenio de Lugano II, simplemente invocando la existencia de un contrato entre las partes y la posible concordancia entre el comportamiento recriminado y las obligaciones contenidas en él. [76]

90. Por último, cabe también recordar que en «materia contractual», en el marco del artículo 5, punto 1, del Reglamento Bruselas I y del Convenio de Lugano II, y salvo en el supuesto de los contratos específicos mencionados en la letra b) de dicho punto 1, se atribuye la competencia al tribunal del lugar en el que *hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda*. Ahora bien, me pregunto acerca de la aplicación de esta norma cuando el demandante no basa su demanda en una específica obligación contractual, aun cuando dicha demanda deba calificarse de «contractual» atendiendo a los hechos.

74 Sentencias de 3 de julio de 1997, Benincasa (C-269/95, EU:C:1997:337), apartado 27, y de 28 de enero de 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37), apartado 61.

75 Véase la sentencia de 28 de enero de 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37), apartado 62.

76 Véase, por analogía, la sentencia de 4 de marzo de 1982, Effer (38/81, EU:C:1982:79), apartado 7.

2. Transposición de esta problemática a la sección 5

91. De lo anterior resulta que, como he indicado anteriormente, la problemática de las demandas delictuales presentadas entre cocontratantes exige, desde mi punto de vista, una respuesta diferente cuando se trata de la aplicación de la sección 5.

92. A este respecto, teniendo en cuenta, en particular, que existe una divergencia lingüística entre las versiones alemana, inglesa y francesa del artículo 18, apartado 1, del Convenio de Lugano II y del Reglamento Bruselas I,[77] conviene centrarse antes de nada en la sistemática de estos instrumentos y en la finalidad de protección que persigue la sección 5.[78]

93. No obstante, el carácter autónomo e imperativo de esta sección 5 en el seno de dichos instrumentos, así como esta misma finalidad de protección, exigen, a mi juicio, que no pueda ser eludida por el empresario simplemente basando su pretensión en el ámbito delictual.[79] En este marco, el empresario no tiene la posibilidad de elegir, ya que, en caso contrario, dicha sección se vería privada por completo de su efecto útil.[80] En esa materia, tales factores inclinan la balanza a favor de una calificación basada en los antecedentes de hecho del litigio y no en los fundamentos jurídicos materiales invocados por el demandante.

94. En consecuencia, considero que, a los efectos de la sección 5, una demanda versa sobre «materia de contratos individuales de trabajo» cuando a la luz de los hechos existe un determinado vínculo material entre la demanda y el «contrato». Tal es el caso si la demanda tiene por objeto una controversia que *tiene su origen en la relación laboral*, con independencia de que el demandante base o no su demanda en el «contrato», y sin que sea relevante que resulte o no indispensable determinar el contenido de las obligaciones contractuales para pronunciarse sobre la fundamentación de dicha demanda. Este requisito debe interpretarse en sentido amplio. En otros términos, siempre que dicho requisito se cumpla, incluso una pretensión basada en las normas de responsabilidad civil delictual (como es el caso de la *conspiracy claim* de Arcadia), que en principio pertenecería al ámbito de aplicación del artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I o del Convenio de Lugano II, está comprendida en la sección 5.[81]

77 En efecto, mientras que las dos últimas versiones se expresan en sentido relativamente amplio («in matters relating to individual contracts of employment»; «en matière de contrat individuel de travail»), la primera lo hace en un sentido sensiblemente más limitado («bilden ein individueller Arbeitsvertrag oder Ansprüche aus einem individuellen Arbeitsvertrag den Gegenstand des Verfahrens»).

78 Véase, por analogía, la sentencia de 30 de mayo de 2013, Genil 48 y Comercial Hostelera de Grandes Vinos (C-604/11, EU:C:2013:344), apartado 38 y jurisprudencia citada. El Tribunal de Justicia ha destacado que este objetivo de protección debe ser tenido en cuenta en la interpretación de las disposiciones de la sección 5. Véase la sentencia de 19 de julio de 2012, Mahamdia (C-154/11, EU:C:2012:491), apartado 60.

79 Los «juegos de litigantes» que tal enfoque implicaría resultan especialmente evidentes cuando, como en el presente asunto, el demandante invoca inicialmente el incumplimiento del contrato y, más tarde, modifica su pretensión para eliminar cualquier aspecto contractual.

80 A este respecto, los órganos jurisdiccionales de Inglaterra y País de Gales han dictado sentencias muy elocuentes. Inicialmente, la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) [Tribunal Superior (Inglaterra y Gales), Sala de lo Mercantil y de lo Contencioso-Administrativo (Sección de lo Mercantil), Reino Unido] declaró, en su sentencia Swithenbank Foods Ltd. v Bowers, juez McGonigal ([2002] 2 All ER (Comm) 974, apartados 24 a 26, que la sección 5 se aplica únicamente cuando el empresario basa su demanda contra el trabajador en el contrato de trabajo. La Court of Appeal (England & Wales) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales), Sala de lo Civil, Reino Unido] (Tribunal de Apelación) corrigió este dictamen en su sentencia Alfa Laval Tumba v Separator Spares ([2012] EWCA Civ 1569, apartados 24 y 25, abogando por un enfoque amplio y centrado en el contenido del litigio, con objeto de evitar, precisamente, cualquier riesgo de elusión de esta sección.

81 Véanse, en el mismo sentido, Hess, B., Pfeiffer, T., y Schlosser, P., *The Brussels I Regulation 44/2001: Application and Enforcment in the EU*, (informe Heidelberg), C. H. Beck, Múnich, 2008, pp. 356 a 359; Merrett, L., «Jurisdiction Over Individual Contracts of Employment» en Dickinson, A., y Lein, E. (ed.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 242 y 243; Grušić, U., *op. cit.*, p. 92; Baker Chiss, C., *op. cit.*, §§ 49 y 50. El hecho de que una demanda se pudiera haber basado en un incumplimiento de las obligaciones contractuales es una indicación a favor de dicho planteamiento. No obstante, no puede considerarse un criterio en sí mismo, habida cuenta de su complejidad, puesta de relieve en el punto 88 de las presentes conclusiones.

95. Más concretamente, en relación con la problemática que subyace a las cuestiones prejudiciales del órgano jurisdiccional remitente, a saber, la de una demanda de indemnización entablada por el empresario contra el trabajador, considero que dicha demanda se rige por la sección 5 si, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Holterman, el primero invoca *faltas cometidas por el segundo en el desempeño de sus funciones como trabajador*.[82]

96. Sin embargo, no puedo detenerme aquí. En efecto, si bien hay situaciones en las que la supuesta falta se inscribe claramente en el propio desempeño de las funciones asignadas al trabajador o, a la inversa, casos en que la falta carece de cualquier vínculo con dichas funciones,[83] existen numerosas «zonas grises». Así sucede cuando el trabajador no ha cometido la falta controvertida en el ejercicio de sus funciones, pero, no obstante, dicha falta puede relacionarse con ellas mediante un vínculo temporal, espacial o, incluso, de medios.[84] ¿Es necesario entonces perfeccionar el criterio propuesto en el punto anterior?

97. Desde mi punto de vista, no lo es. Considero que, si bien es posible ahondar en el Derecho material, en lo que respecta a los requisitos que han de cumplirse para que se genere la responsabilidad del trabajador, no conviene complicar el análisis sobre la competencia judicial. Procede recordar que, en esta materia, el juez ante el que se plantee el litigio debe poder resolver fácilmente sobre su competencia sin entrar en un análisis detallado de los hechos.

98. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, propongo excluir del ámbito de la sección 5 únicamente las demandas del empresario contra el trabajador relativas a un comportamiento lesivo que no esté relacionado con ninguna circunstancia objetiva —lugar, tiempo, medios o finalidad— a de las funciones desempeñadas por el trabajador.[85]

99. Esta interpretación no es puesta en entredicho por la alegación de Arcadia de que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las reglas de competencia especial deben ser interpretadas de modo estricto, sin que quepa una interpretación de las mismas que vaya más allá de los supuestos contemplados en ellas.[86]

100. En efecto, a mi juicio, esa jurisprudencia implica simplemente que no es posible ignorar la claridad de los términos de dichas reglas especiales, aun cuando iría en el sentido del objetivo perseguido por ellas.

101. Pues bien, la interpretación que sugiero se aparta de los términos del artículo 18, apartado 1, del Convenio de Lugano II, cuya importancia debe relativizarse sobre este particular, habida cuenta de la divergencia lingüística mencionada anteriormente. En una situación en la que un trabajador causa un perjuicio al empresario, la relación laboral es, por regla general, un factor contextual determinante. Dicha relación habrá situado al trabajador en el lugar donde se ha cometido la falta —por ejemplo, las instalaciones del empleador— o habrá puesto a su disposición los medios para cometerla —como el acceso a determinada información confidencial de este último—. En definitiva, excepto en los casos en

82 Sentencia Holterman, apartado 49. Dado que una misma persona puede ejercer diversas funciones en una empresa, es preciso centrarse en las funciones desempeñadas en el marco de la relación laboral.

83 Es posible oponer dos hipótesis extremas. Por una parte, la del conductor de camiones que, durante el transporte, provoca un accidente por conducir bajo los efectos del alcohol un camión de la empresa y, por otra parte, la de un conductor que provoca un accidente del que resulta un perjuicio para el empresario un día libre, fuera de su lugar de trabajo y con su vehículo particular.

84 Me refiero a aquellos casos en los que la falta se comete en horario laboral o en el lugar de trabajo, o en los que tal falta solo resulta posible por las funciones laborales que desempeña su autor o en los que su comisión se ha visto facilitada por esas mismas funciones.

85 En una situación en la que un trabajador desempeña ciertas funciones en su condición de trabajador, y otras funciones bajo un estatuto diferente, procede comprobar con qué funciones está relacionada la supuesta falta; la sección 5 solo será aplicable cuando se trate de funciones desempeñadas como trabajador.

86 Véanse, en particular, las sentencias de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis (189/87, EU:C:1988:459), apartado 19; de 20 de enero de 2005, Engler (C-27/02, EU:C:2005:33), apartado 43, y de 22 de mayo de 2008, Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline (C-462/06, EU:C:2008:299), apartado 28.

que se excluye cualquier forma de vinculación con las funciones del trabajador, entre una demanda de indemnización presentada por el empresario y las obligaciones derivadas del «contrato individual de trabajo» existe un vínculo material suficiente para justificar que dicha demanda se entienda relacionada con dicho «contrato», conforme a los términos de esta disposición.

102. Esta misma interpretación tampoco es puesta en entredicho por la alegación de Arcadia de que únicamente una demanda que por naturaleza sea «en materia contractual», en el sentido del artículo 5, punto 1, del Convenio de Lugano II y del Reglamento Bruselas I, puede considerarse «en materia de contratos individuales de trabajo», a efectos de las disposiciones de la sección 5. Ciertamente, un «contrato individual de trabajo» es un tipo de contrato comprendido en el ámbito de dicha «materia contractual». Por tanto, esta sección constituye una *lex specialis* respecto al citado artículo 5, punto 1. No obstante, tal constatación no impide apreciar el vínculo existente entre una demanda y el «contrato» de manera más generosa en el ámbito de dicha sección, en la medida en que es necesario para garantizar el carácter imperativo de esta.

103. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, sugiero al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que una demanda presentada por el empresario contra el trabajador se considera que es «en materia de» contrato individual de trabajo, en el sentido del artículo 18, apartado 1, del Convenio de Lugano II, cuando su objeto sea una controversia que *tiene su origen en la relación laboral*, con independencia de los fundamentos jurídicos materiales invocados por el empresario en la demanda. En particular, una demanda de indemnización entablada por el empresario contra el trabajador se rige por la sección 5 cuando el comportamiento que se reprocha esté relacionado, en la práctica, con las funciones desempeñadas por el trabajador.

D. Sobre el concepto de «empresario», en particular en el en el seno de un grupo de sociedades (cuarta cuestión)

104. Procede recordar que, en el procedimiento principal, Arcadia London, Arcadia Singapore y Arcadia Switzerland y el accionista único del grupo, Farahead, han ejercitado su acción contra los demandados ante los órganos jurisdiccionales de Inglaterra y Gales. Sin embargo, los interesados solo han estado ligados por un contrato de trabajo, en el sentido del Derecho material, con una sociedad Arcadia, cuya identidad ha variado con el tiempo. Por lo tanto, mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende, en esencia, que se dilucide si las demandas entabladas contra un trabajador por una persona que no es su empleador en el sentido del Derecho material —como, en el caso de autos, las sociedades del grupo distintas de la sociedad empleadora— pueden regirse por la sección 5 y, de ser así, en qué condiciones.

105. De nuevo, es evidente que no sería necesario responder a esta cuestión si el Tribunal de Justicia estimara, como le sugiero, que los demandados en el procedimiento principal no estaban vinculados por «contratos individuales de trabajo», en el sentido de las disposiciones de la sección 5, con ninguna de las sociedades Arcadia. Por tanto, respondo a esta cuestión también con carácter subsidiario y partiendo de la hipótesis de que los interesados son «trabajadores» en el sentido de dichas disposiciones.

106. Dicho esto, una demanda solo se rige por la sección 5, de conformidad con sus disposiciones, si la entabla cualquiera de las partes de un «contrato individual de trabajo», ya sea el trabajador o el empresario, contra la otra parte. En este contexto, el empresario es, como regla general, la persona física o jurídica para la que el trabajador realiza durante un cierto tiempo, en su favor y bajo su dirección, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución.

107. Por el contrario, la demanda entablada por un tercero ajeno al «contrato» frente al trabajador o al empresario, o la entablada por una de esas partes contra un tercero, no se rige por dicha sección. No obstante, se deben hacer dos matizaciones, en particular en el caso de un grupo de sociedades.

108. Por una parte, como ya he señalado al analizar la segunda cuestión prejudicial, la calificación autónoma de «contrato individual de trabajo» y, a este respecto, el criterio de la relación de subordinación, permiten considerar que una sociedad con la que el trabajador no ha celebrado un contrato, en el sentido del Derecho material, sí está vinculada a él mediante tal «contrato». En el seno de un grupo de sociedades, el «empresario» de un trabajador que haya concluido formalmente un contrato de trabajo con una sociedad A, puede ser una sociedad B, o incluso ambas, según quien ejerza el poder efectivo de dirección. [87]

109. Por otra parte, si, conforme a ese criterio, un trabajador está vinculado mediante un «contrato individual de trabajo» únicamente a la sociedad A pero es demandado por la sociedad B, el objetivo de protección perseguido por la sección 5 justifica adoptar un enfoque que se adapte a la realidad del litigio: si la demanda de la sociedad B se refiere a un comportamiento del trabajador llevado a cabo en el marco de la ejecución de su «contrato» respecto de la sociedad A, entonces, la sociedad B debe también considerarse como «empresario» en el sentido del artículo 20, apartado 1, del Convenio de Lugano II. Las sociedades de un mismo grupo deberían estar sujetas a las mismas restricciones en lo que respecta a la competencia judicial. [88] Me temo que adoptar la postura contraria entrañaría, una vez más, que los empresarios internacionales dispusieran de una cierta capacidad de eludir la sección 5. Dado que existe un vínculo orgánico y económico entre estas dos sociedades y que la segunda tiene un interés en la correcta ejecución del contrato, no se contravendría el objetivo de seguridad jurídica. [89] Esto permitiría, por lo demás, de manera oportuna, evitar la multiplicidad de foros competentes para una misma relación laboral y contribuiría a la recta administración de la justicia.

110. Habida cuenta de lo expuesto anteriormente, sugiero al Tribunal de Justicia que responda a la cuarta cuestión prejudicial que cuando, en el seno de un grupo de sociedades, un trabajador tiene un contrato de trabajo, en el sentido del Derecho material, con una sociedad determinada pero es demandado por otra sociedad, esta segunda sociedad puede ser considerada «empresario» del trabajador, a efectos de las disposiciones de la sección 5, si:

– en la práctica, el trabajador desempeña sus funciones en favor de la segunda sociedad y bajo su dirección, o

– la segunda sociedad entabla una demanda contra el trabajador por su comportamiento en la ejecución del contrato celebrado con la primera sociedad.

V. Conclusiones

111. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales formuladas por el Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido) del modo siguiente:

«1) El artículo 18, apartado 1, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado el 30 de octubre de 2007, cuya celebración fue aprobada en nombre de la Comunidad por la Decisión 2009/430/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2008 (“Convenio de Lugano II”), debe interpretarse en el sentido de que un directivo que tiene control y autonomía plenos para la gestión diaria de los asuntos de la sociedad a la que representa y para el desempeño de sus propias funciones no está subordinado

87 Véase, por analogía, la sentencia de 15 de diciembre de 2011, Voogsgeerd (C-384/10, EU:C:2011:842), apartados 59 a 65.

88 Véanse, en este sentido, Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales) (Sala de lo Civil), Reino Unido], Samengo-Turner, [2007] EWCA Civ 732, apartados 32 a 35, y James Petter v EMC Europe Limited, EMC Corporation [2015] EWCA Civ 828, apartados 20 y 21.

89 Véase, por analogía, la sentencia de 10 de abril de 2003, Pugliese (C-437/00, EU:C:2003:219), apartados 23 y 24.

a dicha sociedad y, en consecuencia, no está vinculado a ella mediante un «contrato individual de trabajo» en el sentido de dicha disposición. El hecho de que los accionistas de la sociedad tengan la facultad de destituir a dicho directivo no cuestiona esta interpretación.

2) Una demanda presentada por el empresario contra el trabajador se considera «en materia de» contrato individual de trabajo, en el sentido del artículo 18, apartado 1, del Convenio de Lugano II, cuando su objeto sea una controversia que *tiene su origen en la relación laboral*, con independencia de los fundamentos jurídicos materiales invocados por el empresario en la demanda. En particular, una demanda de indemnización entablada por el empresario contra el trabajador se rige por el título II, sección 5, de dicho Convenio cuando el comportamiento que se recrimina esté relacionado, en la práctica, con las funciones desempeñadas por el trabajador.

3) Cuando, en el seno de un grupo de sociedades, un trabajador tiene un contrato de trabajo, en el sentido del Derecho material, con una sociedad determinada pero es demandado por otra sociedad del mismo grupo, esta segunda sociedad puede ser considerada "empresario" del trabajador a efectos de las disposiciones del título II, sección 5, del Convenio de Lugano II si:

   – en la práctica, el trabajador desempeña sus funciones en favor de la segunda sociedad y bajo su dirección, o

   – la segunda sociedad entabla una demanda contra el trabajador por su comportamiento en la ejecución del contrato celebrado con la primera sociedad.»