

SELMA PENALVA, A., *El contrato de trabajo internacional y las soluciones de compromiso. Problemas prácticos suscitados en la jurisprudencia española*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters / Aranzadi, 2020, 300 pp.

Nos hallamos ante un libro cuyo objeto es ciertamente singular: no se ocupa de un único tema, ni tampoco expone de manera didáctica los distintos contenidos de una disciplina, al estilo de un manual docente. En vez de ello, la autora selecciona y analiza una serie de temas diversos, que irían desde el régimen jurídico aplicable a los contratos de trabajo con elemento extranjero, los traslados y desplazamientos temporales de trabajadores al extranjero, la prestación internacional de servicios a través de empresas de trabajo temporal, la incidencia de la pérdida del permiso de residencia y trabajo en España en el régimen del contrato laboral, y las soluciones que ha dado la jurisprudencia española relativa a determinadas prestaciones sociales, como las de viudedad u orfandad, cuando ha tenido que enfrentarse a instituciones desconocidas en el Derecho español, como son los matrimonios poligámicos, la *kafala* o la gestación por sustitución. Se trata de un objeto ciertamente heterogéneo, pero la autora consigue trazar un hilo conductor creíble, que sería el de los problemas jurídicos que, directa o indirectamente, pueden derivar de la movilidad internacional de trabajadores, desde la perspectiva del ordenamiento español. La autora nos ofrece así, en sus propias palabras, “un recorrido panorámico” (p. 21) sobre una serie de cuestiones escogidas en las que el elemento de internacionalidad plantea problemas específicos que pueden requerir soluciones normativas también específicas o ajustes interpretativos por vía jurisprudencial. Incide muy claramente en este último aspecto en la parte tercera del libro, en la que analiza detalladamente las “soluciones de compromiso” que ha adoptado la jurisprudencia española en el contexto de las prestaciones de la seguridad social, para determinar hasta qué punto y en qué condiciones instituciones familiares nacidas al amparo de un Derecho extranjero y desconocidas en España podrían ser tenidas en cuenta a los efectos de la obtención de una prestación social que dependa del reconocimiento de un cierto estatus familiar. En mi opinión, se trata de un planteamiento valiente e interesante, que ofrece la ventaja de presentar, desde la perspectiva del ordenamiento español en materia laboral y de seguridad social, una serie de situaciones en las que el elemento de internacionalidad ha hecho surgir problemas específicos, que han requerido, bien respuestas específicas por parte del legislador (por ejemplo, en cuanto a la actividad internacional de las empresas de trabajo temporal), bien adaptaciones interpretativas por parte de la jurisprudencia. Creo, por tanto, que ese planteamiento, basado en cuestiones escogidas de especial interés, debe ser objeto de una valoración positiva.

Ahora bien, a mi modo de ver, la obra reseñada es algo desigual. Hay partes que, siempre en mi opinión, son buenas, o incluso muy buenas. Por ejemplo, me ha interesado mucho el análisis de las consecuencias de la no renovación del permiso de residencia y trabajo sobre la relación laboral previamente existente, y a este respecto resulta muy convincente el análisis crítico del *statu quo* normativo y jurisprudencial, que produciría algunos resultados incoherentes. También he encontrado interesante el análisis de los traslados y desplazamientos de trabajadores al extranjero, y en este aspecto debo decir que, aparte del régimen legal aplicable al contrato tras el desplazamiento, que es la cuestión que se

estudia con mayor frecuencia al analizar este fenómeno, la autora se detiene también en otra cuestión de gran interés, mucho menos analizada por la doctrina, que es la del régimen aplicable a la decisión empresarial de disponer el traslado o desplazamiento temporal del trabajador, lo que le conduce a analizar detenidamente la aplicación del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, dedicado a la movilidad geográfica, en los supuestos en que el trabajador sea enviado al extranjero. Quisiera destacar aquí que, en este punto, como también en otros a lo largo del trabajo, puede apreciarse un ejercicio de gran interés (sobre todo para quienes no somos laboristas) que es el de analizar el funcionamiento de determinadas normas materiales de nuestro ordenamiento interno en materia laboral o de seguridad social en aquellas situaciones con elementos de internacionalidad, para así poder determinar si necesitan soluciones o adaptaciones interpretativas específicas. Resultan también de gran interés los capítulos dedicados a la poligamia y las pensiones de viudedad o a la *kafala*, en este último caso no únicamente a propósito de las pensiones de orfandad, sino también de otras prestaciones existentes en nuestro sistema de protección social, como serían las prestaciones por cuidado de hijos, las prestaciones por hijos a cargo para familias sin ingresos, las rentas asistenciales para desempleados con cargas familiares, etc. Por ejemplo, en cuanto al primero de estos temas, la autora da cumplida cuenta del problema que se ha planteado en la práctica -solicitud de pensión de viudedad a la seguridad social española por parte de las dos viudas de un extranjero polígamo, habiéndose celebrado válidamente tales matrimonios en el extranjero- las respuestas contradictorias que ha dado la jurisprudencia española, en unos casos negando cualquier efecto a la segunda o ulteriores uniones en el contexto de una situación de poligamia; en otros, y en aplicación de la doctrina del “efecto atenuado” del orden público, se habrían reconocido tales matrimonios a los efectos de que ambas viudas pudieran compartir la pensión de su causante. Pero, entre las resoluciones que se decantan por esta segunda solución, también se aprecian diferencias, decantándose unas por un reparto de la pensión a partes iguales y otras por un reparto no igualitario, sino en función del tiempo de convivencia de cada una de las viudas con el causante. Con este telón de fondo, analiza también la aportación de las resoluciones del Tribunal Supremo dictadas en 2018 y 2019, y constata que tampoco resuelven definitivamente la cuestión, habida cuenta de que se dictaron en aplicación del convenio bilateral de seguridad social con Marruecos, que prevé la posibilidad de que resulten beneficiarias de la pensión ambas viudas, quedando por tanto abierto el interrogante de cuál debiera ser la solución en ausencia de un convenio comparable.

Sin embargo, como decía anteriormente, la obra reseñada es algo desigual, y no todas sus partes están a la misma altura. En mi opinión, la parte primera, dedicada a los aspectos generales, y en concreto su capítulo II, enfocado en la ley aplicable en defecto de elección en el supuesto de prestaciones laborales “atípicas”, adolece de un análisis excesivamente superficial. En pocas páginas se tratan supuestos de gran complejidad, como los de los empleados de oficinas consulares o el personal a bordo de buques o aeronaves, que sin duda necesitarían un análisis mucho más detallado y matizado. Por ejemplo, me parece muy poco convincente la propuesta que realiza, en el caso de los trabajadores a bordo de buques o aeronaves, en favor de la aplicación a sus contratos de trabajo de la ley del pabellón o registro del buque o aeronave, obviando los numerosos problemas que dicho criterio ha suscitado (no menciona el problema de los pabellones de conveniencia), y

también el hecho de que la reciente jurisprudencia del TJUE, en el asunto *Ryanair* de 14 de septiembre de 2017, ha descartado, aunque en el ámbito de la competencia judicial, dicho criterio.

Hay que señalar también algunas ausencias. Para empezar, hubiera sido conveniente que, junto a la lista de referencias bibliográficas, se hubiera incluido también una lista de las resoluciones judiciales citadas, lo que permitiría percibir hasta qué punto la autora habría sido exhaustiva en la recopilación de referencias jurisprudenciales. A este respecto, creo que en el libro hay un considerable acopio de jurisprudencia interna española, sobre todo en algunos de los temas tratados. En cambio, la jurisprudencia del TJUE apenas se tiene en cuenta, y lógicamente ello perjudica el análisis de aquellos temas en los que dicha jurisprudencia es más relevante. Un claro ejemplo a este respecto es la solución que propone para determinar la ley aplicable a los contratos de los trabajadores de los transportes internacionales, en el sentido de aplicar la solución subsidiaria recogida en el artículo 8.3 del Reglamento Roma I, que apunta a la ley del país en el que estuviera el establecimiento a través del cual se hubiera contratado al trabajador (pp. 105-106), sin tener en cuenta la interpretación del TJUE que, tanto en el ámbito de la competencia judicial como de la ley aplicable, ha procedido a interpretar de manera amplia o extensiva el concepto de país donde el trabajador lleve a cabo habitualmente su actividad, de tal manera que podrá concretarse dicho país siempre que exista un lugar principal de trabajo o base de operaciones del trabajador, con la consecuencia de que en muchísimos casos resultará aplicable el criterio principal del artículo 8.2 (*lex loci laboris*) también a los trabajadores de los transportes internacionales, puesto que en muchas ocasiones existirá un lugar que sea su centro principal de actividades, por lo que el artículo 8.3 adquiriría un carácter absolutamente residual. En cuanto a la bibliografía, aunque la autora utiliza referencias tanto de la doctrina laboralista como de la internacionalprivatista, en mi opinión también se detecta la ausencia de algunos trabajos de la doctrina internacionalprivatista en la materia (sin embargo, mucho me temo que esto va a ser cada vez más habitual, debido a las penurias presupuestarias que en los últimos años han diezclado las bibliotecas de nuestras facultades). También llama la atención que, de los manuales de Derecho internacional privado al uso, cite ediciones que ya tienen algunos años, con el riesgo de que en algún que otro tema no estén debidamente actualizados. Otra ausencia sería la de algunos textos legales que, aunque por su alcance general no se refieren exclusivamente a la materia laboral, pueden tener un impacto en la misma: sería el caso, por ejemplo, de la Ley Orgánica 16/2015, de privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros en España. Cuando analiza el supuesto particular del régimen de los trabajadores de los consulados, el libro introduce la cuestión de hasta qué punto los contratos laborales escaparían de la inmunidad del Estado extranjero en tanto que actos *iure gestionis*, aunque sin duda el análisis hubiera sido mucho más completo si se hubiera tenido en cuenta lo que hoy dispone la citada Ley Orgánica sobre ello. Otra ausencia, esta vez en el contexto de los problemas de prueba del Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto, es la de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil. La autora expone el panorama normativo y jurisprudencial en la materia, pero no hubiera estado de más que se pronunciara sobre la incidencia que hayan podido tener los artículos 33 a 36 de la citada ley de 2015.

Por último, hay que señalar también algún error: en el apartado correspondiente a la posibilidad y condiciones para incluir cláusulas de elección de jurisdicción o de ley aplicable en los convenios colectivos, que por lo demás ofrece conclusiones de interés, se afirma que, para la aplicación de las normas de elección de foro previstas en el Reglamento 2015/2012, es preciso que al menos una de las partes posea su domicilio en un Estado miembro de la UE (p. 35). Bien es cierto que esta condición se exigía en los textos que precedieron al actual Reglamento, esto es, el Convenio de Bruselas de 1968 y el Reglamento 44/2001, pero actualmente el artículo 25 del Reglamento 1215/2012 ya no la requiere. Asimismo, en la página 270, nota 26, afirma que el artículo 954 de la LEC de 1881 todavía está vigente, cuando ha sido derogado por la Ley 29/2015. Hay también alguna imprecisión. Así, por ejemplo, en la página 28 se dice que, conforme al artículo 8 del Reglamento Roma I, cuando no sea posible determinar cuál sea el lugar de prestación del servicio, se aplicará entonces la ley del país en el que se encuentre “el domicilio social” de la empresa, siendo así que esta afirmación no se corresponde con el tenor del citado artículo, puesto que su apartado 3 se refiere en tal caso al país en el que esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador, que no tiene por qué coincidir necesariamente con la sede social. Valga decir, sin embargo, que en otros pasajes del libro en los que se comenta el citado artículo 8.3 este error no vuelve a cometerse.

En definitiva, puede observarse que, como comentaba anteriormente, se trata de una obra desigual: algunas de sus partes analizan satisfactoriamente, y de manera muy clara, los temas que tratan; otras, en cambio, no están al mismo nivel, y en ellas pueden detectarse ausencias importantes y algún que otro error. De todas maneras, estoy seguro de que, en futuros trabajos la autora tendrá ocasión de enmendar dichos errores y omisiones y de aportar a su trabajo los elementos que ahora faltan. Finalmente, quisiera concluir con una invitación abierta al debate, precisamente a raíz de uno de los muchos aspectos tratados en la obra reseñada: la autora tuerca en la controvertida cuestión de si seguiría o no siendo aplicable el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores, tras la entrada en vigor primero del Convenio de Roma de 1980 y ahora del Reglamento Roma I. En esencia, se inclinaría por una respuesta afirmativa, insistiendo, al igual que otros muchos autores, en que el resultado buscado por el citado precepto estatutario puede alcanzarse igualmente mediante la cláusula de escape o excepción del artículo 8.4 del Reglamento Roma I. Por mi parte, estoy de acuerdo en considerar que, al menos en bastantes casos, ambos preceptos puedan conducir en la práctica al mismo resultado. Ahora bien, la cuestión que, a mi juicio, quedaría sin responder en la obra reseñada sería la del posible fundamento legal que permitiera una aplicación “autónoma” del artículo 1.4 del ET en el marco hoy regulado por el Reglamento Roma I.

Miguel Gardeñes Santiago
Universidad Autónoma de Barcelona