

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen XI
Año 2019



INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
DE LA ASOCIACIÓN CORUÑESA DE
DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen XI
Año 2019



INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
DE LA ASOCIACIÓN CORUÑESA DE
DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ANUARIO CORUÑÉS DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright by © Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

ACDCT aparece indexado en los siguientes índices, catálogos y bases de datos:

- DICE (Difusión y Calidad Editorial de las Revistas Españolas de Humanidades y Ciencias Sociales y Jurídicas). Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) y Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA).
- Latindex, Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal. Universidad Autónoma de México.
- Dialnet Plus (<https://dialnet.unirioja.es>).

Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal DER2016-75741-P, otorgado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ISSN: 2792-5145

PRESENTACIÓN

Este nuevo volumen del Anuario del Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social certifica la continuidad en la publicación del mismo. Expresamos nuestro agradecimiento a quienes hicieron posible, en el pasado, la regularidad de la publicación del Anuario, y especialmente, a la Diputación Provincial de A Coruña. Y confiamos en que las diversas aportaciones científicas contenidas en este volumen, y relativas a Alemania, Austria, Croacia, los Estados Unidos de América y Portugal, contribuyan a arrojar luz sobre la solución de los graves problemas de empleo que padecemos actualmente en España.

El equipo directivo

PRESENTATION

This new volume of the Yearbook of the Research Institute of the Corunnean Association of Labor Law and Social Security Law certifies the continuity of the publication of the same. We are grateful to all those that made it possible, in the past, the regularity of the publication of the Yearbook, and specially, to the Provincial Council of A Coruña. And we are confident on that the different scientific papers contained in this volume, and relating to Germany, Austria, Croacia, the United States of America, and Portugal, make a contribution to shed light on the solution of the serious employment problems we are nowadays suffering in Spain.

The directive team

DIRECTOR

Prof. Dr. Jesús Martínez Girón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Presidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

SUBDIRECTOR

Prof. Dr. Alberto Arufe Varela

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof. Dr. Germán Barreiro González

Catedrático jubilado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.

Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Prof. Dr. Efrén Borrajo Dacruz

Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Dr. José M^a Botana López

Magistrado jubilado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Prof.^a Dra. Dra. h.c. María Emilia Casas Baamonde

Presidenta emérita del Tribunal Constitucional y Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. José Ignacio García Ninet

Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Martín Valverde
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y Magistrado emérito de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Prof. Dr. Dr. h.c. Alfredo Montoya Melgar
Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, y Magistrado del Tribunal Constitucional.

Prof. Dr. Antonio Sempere Navarro
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, y Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Prof. Dr. Dr. h.c. Luis E. de la Villa Gil
Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid.

EVALUADORES EXTERNOS

— Nacional: *Prof. Dr. Javier Gárate Castro*, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

— Nacional: *Prof^a. Dra. Cristina Sánchez-Rodas Navarro*, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla.

— Internacional: *Prof. Dr. h.c. António Monteiro Fernandes*, Catedrático de Derecho del Trabajo del Instituto Superior de Ciencias del Trabajo y de la Empresa (ISCTE)-Instituto Universitario de Lisboa.

— Internacional: *Prof. Dr. Luca Nogler*, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Trento.

DEFINICIÓN

El objetivo del *Anuario* es dar a conocer las problemáticas jurídicas laborales y de seguridad social del Derecho comparado, europeo, latinoamericano y norteamericano, publicando estudios y divulgando publicaciones sobre las mismas, en el ámbito académico-universitario, profesional-forense y judicial, europeo, latinoamericano y norteamericano.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

Salvo cuando se trate de contribuciones recibidas por invitación, en las que habrá que estar a los términos de la invitación previamente cursada, los autores se ajustarán a las siguientes instrucciones:

1ª.- El *Anuario* sólo publica trabajos originales, que deberán ajustarse a la definición, a la temática y al concreto público jurídico al que va dirigido.

2ª.- Los originales en cuestión deberán estar redactados, en lo que concierne al texto, en letra Times New Roman, tamaño 14, interlineado sencillo; y en lo que concierne al aparato crítico, en letra Times New Roman, tamaño 12. Como regla, el máximo de páginas no debería exceder de veinticinco.

3ª.- También como regla, la cita bibliográfica, si se trata de libros, especificará con mayúsculas el nombre del autor, en cursiva el título del libro, y en redonda el número de edición y la editorial, el lugar y el año de publicación (ambos entre paréntesis, separados por una coma), y por último, la página o páginas; y si se trata de artículos de revista, se seguirá el mismo criterio, con la salvedad de que el título del artículo constará entre comillas, y el nombre de la revista en cursiva.

4ª.- Los originales podrán enviarse a nombre de cualquiera de los miembros del Consejo de Redacción del *Anuario*, por correo electrónico, a las direcciones jmg@udc.es o titof@udc.es.

5ª.- Los originales deberán incluir el nombre de la institución de trabajo del autor o autores, así como una dirección de correo electrónico de contacto.

6ª.- A los originales deberá acompañarse un resumen del estudio, en la lengua en que ha sido escrito y, además, en inglés. Igualmente, deberá acompañarse al mismo un elenco de palabras clave, con un máximo de cinco, asimismo redactadas en la lengua de concepción del estudio y en inglés. El título del estudio debe figurar, también, en inglés.

7ª.- Se admiten originales redactados en castellano (y demás lenguas cooficiales de España), al igual que en inglés, francés, alemán, italiano y portugués.

8ª.- Una vez recibidos los originales, y tras valoración de los mismos por los evaluadores externos del *Anuario*, se comunicará por la Dirección o Subdirección del propio *Anuario* la aceptación del Consejo de Redacción, a través de correo electrónico.

9ª.- Como regla general, el período hábil para la recepción de originales comprende hasta febrero del año natural correspondiente al volumen de que se trate, comunicándose la aceptación, en su caso, dentro del mes siguiente a la fecha de recepción del original.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

[TABLE OF CONTENTS]

ÍNDICE DE AUTORES [CONTRIBUTORS INDEX]	13
--	----

I. ESTUDIOS [RESEARCHES]

- LA LABORALIZACIÓN EN CALIFORNIA DE LOS TRANSPORTISTAS AL SERVICIO DE PLATAFORMAS DIGITALES. EL CASO *DYNAMEX v. SUPERIOR COURT* (2018) [*THE CLASSIFICATION AS EMPLOYEES IN CALIFORNIA OF THE DRIVERS SERVING TO ONLINE PLATFORMS. THE CASE DYNAMEX v. SUPERIOR COURT (2018)*] **Alberto Arufe Varela** 17

- DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO [*SEX DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT IN GERMAN LABOUR LAW*] **Holger Brecht-Heitzmann** 31

- NOTAS SOBRE LOS APREMIOS PECUNIARIOS EN EL DERECHO PROCESAL PORTUGUÉS DEL TRABAJO [*NOTES ON PERIODIC PENALTY PAYMENT IN PORTUGUESE PROCEDURAL LAW*] **Luis Ferreira de Almeida Carneiro** 47

- DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL EMPLEO EN AUSTRIA [*SEX DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT IN AUSTRIA*] **Günther Löschnigg y Nora Melzer-Azodanloo** 73

- EL IMPACTO DE LA ECONOMÍA DIGITAL EN EL EMPLEO EN CROACIA [*IMPACT OF DIGITAL ECONOMY ON EMPLOYMENT IN CROATIA*] **Ivana Vukorepa** 89

II. RECENSIONES DE LIBROS [BOOK REVIEW]

- Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Graduados sociales y jurisdicción social. Historia de una relación compleja e inacabada*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2019), 202 págs. **Alberto Arufe Varela** 141
- Bernardo DA GAMA LOBO XAVIER, M^a. Rosario PALMA RAMALHO, José João ABRANTES, João LEAL AMADO, David FALÇÃO y Sergio TENREIRO TOMÁS (Coordinadores), *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, NovaCausa (Lisboa, 2017), Parte I, 812 págs., Parte II, 719 págs. **Jesús Martínez Girón**..... 145
- José Luis GOÑI SEIN, *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (Incluido el Real Decreto-Ley 5/2018)*, Bomarzo (Albacete, 2018), 191 págs. **Alberto Arufe Varela** 149
- Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO, *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Laborum (Murcia, 2018), 323 págs. **Jesús Martínez Girón** 153
- Rodrigo TASCÓN LÓPEZ, *El esquirolaje tecnológico*, Thomson-Reuters Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2018), 156 págs. **Alberto Arufe Varela** 157

III. REVISTA DE REVISTAS [REVIEW OF REVIEWS]*

- *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1 (2018), núm. 3 (2018), núm. 5 (2018), núm. 7 (2018) y núm. 10 (2018)..... 163
- *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205 (2018), núm. 206 (2018), núm. 207 (2018), núm. 209 (2018) y núm. 210 (2018)..... 165
- *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 14 (2018), núm. 15 (2018), núm. 16 (2018) y núm. 17 (2018)..... 168
- *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48 (2018), núm. 49 (2018) y núm. 51 (2018)..... 171

* A cargo de **Iván Vizcaíno Ramos**.

- *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 142 (2018) y núm. 144 (2018)..... 174
- *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 38 (2018), núm. 39 (2018), núm. 40 (2018), núm. 41 (2018), núm. 45 (2018), núm. 47 (2018) y núm. 48 (2018) 176

ÍNDICE DE AUTORES

[*CONTRIBUTORS INDEX*]

Profesor Doctor Alberto Arufe Varela

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

Profesor Doctor Holger Brecht-Heitzmann

Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad Politécnica de la Agencia Federal de Empleo en Schwerin (Alemania)

Doctor Luis Ferreira de Almeida Carneiro

Doctor Internacional en Derecho y Abogado ejerciente en Lisboa

Profesor Doctor Günther Löschnigg

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Karl-Franzens de Graz (Austria)

Profesor Doctor Jesús Martínez Girón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Presidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

Profesora Doctora Nora Melzer-Azodanloo

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo de la Universidad Karl-Franzens de Graz (Austria)

Profesor Doctor Iván Vizcaíno Ramos

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña

Profesora Doctora Ivana Vukorepa

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo de la Universidad de Zagreb (Croacia)

ESTUDIOS

[RESEARCHES]

**LA LABORALIZACIÓN EN CALIFORNIA DE LOS
TRANSPORTISTAS AL SERVICIO DE PLATAFORMAS
DIGITALES. EL CASO *DYNAMEX v. SUPERIOR COURT* (2018)***

[*THE CLASSIFICATION AS EMPLOYEES IN CALIFORNIA OF THE
DRIVERS SERVING TO ONLINE PLATFORMS. THE CASE DYNAMEX
v. SUPERIOR COURT (2018)*]

Alberto Arufe Varela

Fecha de recepción: 13 noviembre 2019

Fecha de aceptación: 11 diciembre 2019

Sumario: I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO *DYNAMEX v. SUPERIOR COURT*.- II. LA DECISIÓN DEL CASO *DYNAMEX v. SUPERIOR COURT*.- III. LAS CONSECUENCIAS DEL CASO *DYNAMEX v. SUPERIOR COURT*.- BIBLIOGRAFÍA CITADA.

Contents: I. *THE BACKGROUND OF THE CASE DYNAMEX v. SUPERIOR COURT*.- II. *THE DECISION OF THE CASE DYNAMEX v. SUPERIOR COURT*.- III. *THE CONSEQUENCES OF THE CASE DYNAMEX v. SUPERIOR COURT*.- *CITED BIBLIOGRAPHY*.

Resumen: Este trabajo analiza la doctrina y las consecuencias del caso *Dynamex*, decidido por la Corte Suprema de California en 2018. Este caso se refiere a repartidores al servicio de una plataforma telemática de mensajería instantánea. Según él, hay que presumir que todo el que presta servicios retribuido a otro es trabajador asalariado de ese otro, salvo que la entidad contratante demuestre que es un trabajador independiente, aplicando el llamado test ABC.

Abstract: *This work analyzes the doctrine and consequences of the case Dynamex, decided by the Supreme Court of California in 2018. This case deals with drivers serving to an online same-*

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

day delivery platform. According to it, every individual who works for remuneration for another individual is presumed to be employee of the latter, unless the hiring entity shows that he is an independent contractor, by application of the so-called ABC test.

Palabras clave: California, Derecho individual del Trabajo, Plataformas digitales, Trabajadores asalariados, Trabajadores autónomos

Keywords: *California, Employment law, Online Platforms, Employees, Independent contractors*

* * *

I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO *DYNAMEX v. SUPERIOR COURT*

1. Aunque quizá no resulte del todo evidente en Europa, California no es uno más (o si se prefiere, uno cualquiera) de los cincuenta Estados federados que componen, de momento, los Estados Unidos. En efecto, cabe recordar —desde un punto de vista meramente histórico— cuando se incorporó como trigésimo primer Estado, en 1850, desequilibró decisivamente en contra de los confederados esclavistas —al tratarse de un Estado anti-esclavista— el peso de los Estados entonces partidarios de la Unión, con su lógico impacto en la guerra de secesión declarada sólo una década después y, por supuesto, en la Constitución federal de los Estados Unidos¹. Es, además, el Estado federado norteamericano más poblado (alrededor de cuarenta millones de habitantes) y más rico, poseyendo un producto interior bruto muy superior al de países como Francia o Italia, y que casi triplica el de España². Es, en fin, un Estado icono en los Estados Unidos, al que se encuentran vinculadas marcas e industrias típicamente yankees y de renombre mundial, desde los pantalones vaqueros (patentados por Levi Strauss en 1873)³, pasando por la industria del cine (asentada en Hollywood desde 1911) y por toda la radicada en el llamado «Valle del Silicio», tan popular a nivel planetario (Apple, eBay, Facebook, Netflix, Paypal, Tesla, Twitter, etc.), sin la cual resultaría incomprensible el fenómeno de las plataformas digitales de transporte de cosas o personas, del tipo Uber o similares. Precisamente una de estas plataformas digitales de transporte de cosas (o más coloquialmente, de mensajería), creo que poco conocida para el público europeo en general, acabó provocando un auténtico terremoto (otra realidad, por lo demás, también muy típicamente californiana), aunque jurídico, al perder el pleito que dio lugar al protagonista estelar de este trabajo, que es el caso *Dynamex v. Superior Court*, resuelto por la Corte Suprema de California el 30 abril 2018⁴.

¹ Cfr. su XIII Enmienda, de 1865, sobre abolición de la esclavitud.

² Véase <https://apps.bea.gov/itable/iTable.cfm?ReqID=70&step=1&acrdn=1>.

³ Al respecto, véase R. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *La gestión de recursos humanos en una gran empresa textil norteamericana. Análisis comparatista del vigente convenio colectivo de Levi Strauss & Co., y traducción castellana*, Tesis Doctoral inédita (A Coruña, 2012), 286 págs.

⁴ Referencia oficial 416 P.3d 1 (Cal. 2018).

2. Según consta probado en la resultancia fáctica del caso, Dynamex es una empresa de reparto que opera no sólo en California, sino también en todo el territorio de los Estados Unidos (literalmente, «Dynamex es un servicio de entrega y reparto instantáneo de ámbito nacional, que gestiona diversos centros de negocio en California»)⁵. Evidentemente, se trata de una plataforma digital, aunque el caso —quizá por causa de la intensa informatización de California a todos los niveles, desde hace ya muchos años— prescinde de relatar todos los tostones informático-algorítmicos a que los tribunales laborales europeos (a los que, en este concreto punto, se les ve «el pelo de la dehesa») nos tienen acostumbrados cuando abordan asuntos ligados a dicho tipo de plataformas, limitándose a indicar que los repartidores al servicio de Dynamex debían contratar un concreto tipo de teléfono móvil inteligente, que les conectase con la plataforma digital (literalmente, «se exige a los repartidores que desarrollan trabajo a demanda que obtengan y paguen un teléfono móvil Nextel, a través del cual los repartidores mantienen contacto con Dynamex»)⁶. En fin, consta también probado un hecho trascendental, más que meramente relevante, ocurrido catorce años antes de la decisión del caso, que este último relata así: 1) «antes de 2004, Dynamex clasificaba a sus repartidores californianos como trabajadores, y les pagaba aplicando las leyes sobre jornada y salarios de ese Estado»⁷; 2) «en 2004, Dynamex convirtió a todos sus repartidores en trabajadores autónomos, tras haber concluido la dirección que dicha conversión generaría ahorros económicos para la empresa»⁸; y 3) «según la práctica actual, todos los repartidores son tratados como trabajadores autónomos, y se les exige que aporten sus propios vehículos y que paguen todos sus gastos de transporte, incluidos gasolina, peajes, mantenimiento del vehículo y seguro de responsabilidad del vehículo, así como todos los impuestos y el seguro de accidente de trabajo»⁹.

⁵ Pág. 8. Textualmente, «*Dynamex is a nationwide same-day courier and delivery service that operates a number of business centers in California*».

⁶ *Ibidem*. Textualmente, «*drivers performing on-demand work are required to obtain and pay for a Nextel cellular telephone through which the drivers maintain contact with Dynamex*».

⁷ *Ibidem*. Textualmente, «*prior to 2004, Dynamex classified its California drivers as employees and compensated them pursuant to this state's wage and hour laws*».

⁸ *Ibidem*. Textualmente, «*in 2004, Dynamex converted all of its drivers to independent contractors after management concluded that such a conversion would generate economic savings for the company*».

⁹ *Ibidem*. Textualmente, «*under the current policy, all drivers are treated as independent contractors and are required to provide their own vehicles and pay for all of*»

3. Precisamente con la finalidad de revertir esa práctica, un repartidor al servicio de Dynamex demandó a la empresa, ante una Corte de primera instancia del condado de Los Angeles (la *Superior Court*, en cuanto que parte recurrida, que completa la denominación oficial del caso), ejercitando «en su propio nombre y en nombre de repartidores de Dynamex parecidamente situados»¹⁰ la llamada «acción de clase [*class action*]». Esta última es un mecanismo procesal típicamente norteamericano, que permite accionar a alguien en nombre de otros muchos, cuando —por causa del crecido número de sujetos afectados— la técnica de la acumulación subjetiva de acciones (o litisconsorcio) resulta impracticable¹¹. A partir de este momento (esto es, del 15 abril 2005) el litigio se prolongó durante más de doce años, cabiendo distinguir en este largo período de tiempo dos fases distintas. En la primera —que concluyó en 2008—, una Corte de apelaciones californiana acabó confirmando que resultaba viable el ejercicio de dicho tipo de acción, por lo que revocó la decisión contraria de la Corte de primera instancia, con devolución de los autos a la misma, para que resolviese el fondo del asunto¹². Y en la segunda fase, en la que la *Superior Court* de primera instancia estimó las pretensiones de los trabajadores (certificando que constituían una «clase» de verdaderos asalariados, integrada por «184» repartidores, aunque todo ello tras múltiples incidencias procesales), se rechazaron las pretensiones contrarias de la empresa, tanto en apelación (en 2014)¹³ como ante la Corte Suprema de California, que fue quien definitivamente puso el punto y final a este caso (recuérdese, el 30 abril 2018).

II. LA DECISIÓN DEL CASO *DYNAMEX* v. *SUPERIOR COURT*

their transportation expenses, including fuel, tolls, vehicle maintenance, and vehicle liability insurance, as well as all taxes and workers' compensation insurance».

¹⁰ Pág. 9. Textualmente, «*on his own behalf and on behalf of similarly situated Dynamex drivers*».

¹¹ Sobre el tema, véase O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, FrancoAngeli (Milán, 2018), págs. 62 y ss.

¹² Cfr. págs. 9 y ss.

¹³ Cfr. págs. 12-13.

4. Como resultaba previsible, la fundamentación jurídica del caso *Dynamex* se apoya en un estudio exhaustivo de los precedentes judiciales sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores autónomos, confirmándose en ese repaso que la decisión «trascendental» era el caso *Borello*, decidido por la propia Corte Suprema de California en 1989¹⁴. Respecto de esta decisión, la Corte Suprema californiana puso de relieve ahora lo siguiente: 1) que se trataba de un caso relativo a trabajadores agrícolas («trabajadores de granja contratados por un plantador para recolectar pepinos») ¹⁵; 2) que se trataba, además, de un caso relativo a indemnización por accidente de trabajo («si ... eran trabajadores autónomos o asalariados, a efectos de la leyes de accidente de trabajo de California») ¹⁶; y 3) en fin, que se trataba igualmente de un caso que se limitaba a aplicar indicios favorables o contrarios a la existencia de contrato de trabajo, habiendo subrayado —por causa de su aplicación en las Cortes de otros Estados federados— la importancia del llamado «test de los seis factores» ¹⁷. Pues bien, respecto de este test sobre los detalles o circunstancias concretas de la prestación de servicios, la Corte Suprema de California expresó ahora su relativa insatisfacción con el mismo, por razones de seguridad jurídica, pues «dificulta tanto a la empresa contratante como a los trabajadores determinar con anticipación cómo se clasificará una concreta categoría de trabajadores, dejando frecuentemente la determinación definitiva de si es asalariado o trabajador autónomo a una posterior y a menudo considerablemente retrasada decisión judicial» ¹⁸, de manera que «en la práctica, la falta de un criterio fácilmente y consistentemente aplicado deja tanto a la empresa como a los trabajadores en la oscuridad, con respecto a cuestiones básicas, relativas a salarios y a las condiciones de trabajo, que se plantean regularmente sobre la base del día a día» ¹⁹.

¹⁴ Se trata del caso *Borello & Sons, Inc. v. Department of Industrial Relations*, decidido el 23 marzo 1989 (referencia oficial 769 P.2d 399).

¹⁵ Pág. 15. Textualmente, «*farmworkers hired by a grower to harvest cucumbers*».

¹⁶ *Ibidem*. Textualmente, «*whether ... were independent contractors or employees for purposes of the California workers' compensation statutes*».

¹⁷ Pág. 18. Textualmente, «*the six-factor test*».

¹⁸ Pág. 33. Textualmente, «*makes it difficult for both hiring businesses and workers to determine in advance how a particular category of workers will be classified, frequently leaving the ultimate employee or independent contractor determination to a subsequent and often considerably delayed judicial decision*».

¹⁹ *Ibidem*. Textualmente, «*in practice, the lack of an easily and consistently applied standard often leaves both businesses and workers in the dark with respect to basic questions relating to wages and working conditions that arise regularly, on a day-to-day basis*».

5. Para reforzar su convicción de que resultaba imperativo ofrecer seguridad jurídica a empresarios, trabajadores asalariados y trabajadores autónomos, la Corte Suprema de California realizó en *Dynamex* un fenomenal estudio de doctrina científica norteamericana, destacando especialmente en el recorrido doctrinal por ella efectuado un artículo muy reciente del Profesor V.B. DUBAL, publicado en la prestigiosa revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de California, Berkeley²⁰. En este artículo científico, se realizaba una sistematización de los criterios aplicados por las cortes federales y estatales norteamericanas, a efectos de precisar si en un caso concreto existía trabajo asalariado o, por el contrario, trabajo autónomo. Como afirma la Corte Suprema de California, en dicho trabajo doctrinal se clasificaban todos esos criterios en «tres categorías amplias», que eran las siguientes: 1) el «criterio de Derecho común [*common law standard*]», que pone el acento en el «derecho del contratante a controlar los detalles del trabajo»²¹, listándose a este efecto hasta «20 factores secundarios [*20 secondary factors*]» distintos, comprendidos en el mismo; 2) el «criterio de la “realidad económica” (o de las “realidades económicas”) [*“economic reality” (or “economic realities”) standard*]», que puede tener en cuenta hasta cinco factores diferenciados, aunque se orienta principalmente a «tratar como asalariados a aquellos trabajadores que, como cuestión de realidad económica, son económicamente dependientes de la empresa contratante»²²; y 3) el «criterio ABC [*ABC standard*]», cuyo objetivo «es crear un test más simple y más claro para determinar si el trabajador es un asalariado o un trabajador autónomo»²³, teniendo en cuenta que «presume que el trabajador contratado por una entidad es un trabajador, y desplaza al contratante la carga de probar que el trabajador es un trabajador autónomo»²⁴.

²⁰ Se trata de V.B. DUBAL, «Wage slave or entrepreneur?: Contesting the dualism of legal worker identities», *California Law Review*, núm. 105 (2017), págs. 65 y ss.

²¹ Pág 30 y nota 20. Textualmente, «*the hirer's right to control the details of the work*».

²² Pág. 31 y nota 20. Textualmente, «*to treat as employees those workers who, as a matter of economic reality, are economically dependent upon the hiring business*».

²³ *Ibidem*. Textualmente, «*is to create a simpler, clearer test for determining whether the worker is an employee or an independent contractor*».

²⁴ *Ibidem*. Textualmente, «*presumes a worker hired by an entity is an employee and places the burden on the hirer to establish that the worker is an independent contractor*».

6. El siguiente paso lógico dado por la Corte Suprema de California fue pasar estas tres clasificaciones doctrinales por el filtro citado del principio de seguridad jurídica, pareciéndole evidente que el más ventajoso era el «criterio ABC», a cuyo efecto apoyaba esta conclusión con la cita de mucha más doctrina científica²⁵. Consecuentemente, estableció una presunción general —que denomina, teniendo en cuenta la letra de la legislación californiana sobre salarios, la «regla de padecer o permitir el trabajo [*suffer or permit to work standard*]—, de acuerdo con la cual hay que presumir que todo el que trabaja para otro es trabajador de ese otro, pues el receptor de los servicios «claramente padece o permite ese trabajo negándose a impedirlo, aunque tiene el poder para hacerlo»²⁶. Ahora bien, se trataba de una mera presunción *iuris tantum*, debiendo interpretarse en el sentido, de un lado, «de desplazar a la entidad contratante la carga de probar que el trabajador es un trabajador autónomo»²⁷; y de otro lado, «de exigir a la entidad contratante, en orden a cumplir con esta carga, probar *cada uno* de los tres factores incluidos en el test ABC»²⁸, esto es, los siguientes: «(A) que el trabajador no está sujeto al control y dirección de la entidad contratante en conexión con el desarrollo del trabajo, tanto al amparo del contrato para el desarrollo del trabajo como de hecho; y (B) que el trabajador desarrolla trabajo que está fuera de la actividad usual del negocio de la entidad contratante; y (C) que el trabajador actúa usualmente en un oficio, ocupación o negocio autónomamente establecidos de la misma naturaleza que el trabajo desarrollado»²⁹. Lo ejemplificaba la Corte

²⁵ Textualmente, «(See, e.g., *Middleton*, *Contingent Workers in a Changing Economy: Endure, Adapt, or Organize?* (1997) 22 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 557, 568-569 [“[]he legal test for determining employee/independent contractor status is a complex and manipulable multifactor test which invites employers to structure their relationships with employees in whatever manner best evades liability”]; *Befort*, *Labor and Employment Law at the Millennium: A Historical Review and Critical Assessment* (2002) 43 *B.C. L.Rev.* 351, 419; *Carlson*, *Why the Law Still Can’t Tell an Employee When It Sees One and How It Ought to Stop Trying* (2001) 22 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 295, 335-338.)» (pág. 34).

²⁶ Pág. 33. Textualmente, «*clearly suffers or permits that work by failing to prevent it, while having the power to do so*».

²⁷ Pág. 35. Textualmente, «*placing the burden on the hiring entity to establish that the worker is an independent contractor*».

²⁸ *Ibidem*. Textualmente, «*requiring the hiring entity, in order to meet this burden, to establish each of the three factors embodied in the ABC test*».

²⁹ *Ibidem*. Textualmente, «*(A) that the worker is free from the control and direction of the hiring entity in connection with the performance of the work, both under the contract for the performance of the work and in fact; and (B) that the worker performs work that is*

Suprema de California, relatando que «cuando unos grandes almacenes contratan a un fontanero externo para reparar una filtración en un cuarto de baño de sus instalaciones, o contrata a un electricista externo para instalar una nueva línea eléctrica, los servicios del fontanero o del electricista no son parte de la actividad usual del negocio, y razonablemente no se vería a los almacenes como habiendo padecido o permitido al fontanero o electricista prestarle servicios como un asalariado»³⁰. Evidentemente, éste no era el caso de los repartidores recurridos, pues «todo el negocio de Dynamex es el del servicio de reparto»³¹.

III. LAS CONSECUENCIAS DEL CASO *DYNAMEX v. SUPERIOR COURT*

7. Como cabe imaginar, el impacto de este caso en la doctrina científica norteamericana fue prácticamente inmediato, cabiendo mencionar hasta siete artículos de revista sobre el mismo publicados en 2018 y 2019, alguno de ellos de carácter marcadamente elogioso, hasta el punto incluso de cuestionarse de si debía o no darse eficacia retroactiva a la doctrina de *Dynamex*³². Ahora bien, el impacto de este caso no fue sólo meramente doctrinal, pues el legislador de California procedió a enlatar la prudencia

outside the usual course of the hiring entity's business; and (C) that the worker is customarily engaged in an independently established trade, occupation, or business of the same nature as the work performed».

³⁰ Pág. 37. Textualmente, «*when a retail store hires an outside plumber to repair a leak in a bathroom on its premises or hires an outside electrician to install a new electrical line, the services of the plumber or electrician are not part of the store's usual course of business and the store would not reasonably be seen as having suffered or permitted the plumber or electrician to provide services to it as an employee».*

³¹ Pág. 41. Textualmente, «*Dynamex's entire business is that of a delivery service».*

³² Véase T.M. KURTZMAN, «Deconstructing Dynamex», *Los Angeles Lawyer*, núm. 41 (2018), págs. 28 y ss.; T.A. McQUEEN, «Dynamex is not "armageddon" ... even though it may feel like it», *Orange County Lawyer*, núm. 60 (2018), págs. 51 y ss.; W.B. GOULD IV, «Dynamex is dynamite, but *Epic Systems* is its foil – *Chamber of Commerce*: the sleeper in the trilogy», *Missouri Law Review*, núm. 83 (2018), págs. 989 y ss.; B. BURDICK, «Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court», *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, núm. 40 (2019), págs. 169 y ss.; H.M. THORNE, «Retroactive application of Dynamex», *Los Angeles Lawyer*, núm. 42 (2019), págs. 19 y ss.; A. BILLINGHAM, «Driving the industry crazy: classifying ride-share drivers following Dynamex», *Rutgers University Law Review*, núm. 72 (2019), págs. 189 y ss.; y S.A. GENTRY, «Dynamex to Vazquez and the uncertainties they unleashed», *Orange County Lawyer*, núm. 61 (2019), págs. 46 y ss.

jurídica fresca contenida en el mismo, realizando las oportunas y puntuales modificaciones del código de leyes laborales del Estado de California, allí llamado *Labor Code*, así como del código de leyes reguladoras del seguro de desempleo del propio Estado, allí denominado *Unemployment Insurance Code*. El proyecto de ley de enmienda de ambos códigos se tramitó con relativa rapidez, habiendo sido promulgada la ley modificadora por el Gobernador del Estado de California el 18 septiembre 2019³³. En el preámbulo del proyecto, quedaba claro cuál había sido la intención del legislador al tramitar parlamentariamente el mismo. En efecto, de un lado, se reconocía que el «Derecho existente [*existing law*]» había sido «establecido en el caso *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles* (2018)»³⁴; y de otro lado, se proclamaba que «este proyecto formalizaría la intención del legislador de codificar la decisión del caso *Dynamex*, y de clarificar su aplicación»³⁵, teniendo en cuenta —sobre la base de que tanto el *Labor Code* como el *Unemployment Insurance Code* consideraban delito del empresario incumplir ciertos precepto legales, respecto del trabajador— que «al ampliarse la definición de trabajador a efectos de estas disposiciones, el proyecto ampliaría la definición del delito»³⁶.

8. La ley promulgada consta de siete secciones (*sections*), a clasificar en dos grandes apartados. El primero se refiere a los preceptos que podrían denominarse de configuración o estructuración de la ley, dado que no procedían a practicar enmiendas en el Derecho existente. Se trata de los tres siguientes preceptos: 1) su sección 1, en la que se afirma —tras citar la decisión «unánime [*unanimous*]» de la Corte Suprema de California, en el caso *Dynamex*³⁷— que era «intención del legislador, al promulgar esta ley asegurar a los trabajadores que actualmente son explotados al estar mal clasificados como trabajadores autónomos, en vez de ser reconocidos como

³³ Toda la información relativa a la misma, en el sitio oficial en Internet sobre información legislativa californiana, ubicado en <https://leginfo.legislature.ca.gov/> (más en concreto, entrando de manera directa a través del siguiente enlace, esto es, https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billHistoryClient.xhtml?bill_id=201920200AB5).

³⁴ Pág. 1. Textualmente, «*established in the case of Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles* (2018)».

³⁵ *Ibidem*. Textualmente, «*this bill would state the intent of the Legislature to codify the decision in the Dynamex case and clarify its application*».

³⁶ Pág. 2. Textualmente, «*by expanding the definition of an employee for purposes of these provisions, the bill would expand the definition of a crime*».

³⁷ Cfr. apartado (a).

trabajadores asalariados, que tengan las protecciones y derechos básicos que merecen al amparo de la ley, incluido un salario mínimo, indemnizaciones por accidentes de trabajo si se lesionan en el puesto de trabajo, seguro de desempleo, subsidio de incapacidad temporal y subsidio de protección de la familia»³⁸, siendo plenamente consciente el legislador de que esta medida podía afectar a «varios millones de trabajadores [*several million workers*]]»³⁹; 2) su sección 6, muy breve, en la que se ordenaba que «ninguna disposición de esta norma permitirá al empresario reclasificar como trabajador autónomo a una persona que era trabajador asalariado el 1 enero 2019, por causa de la promulgación de esta norma»⁴⁰; y 3) su sección 7, un poco menos breve, relativa a los costes públicos derivados de la promulgación de la norma, que se declaran inexistentes, «porque los únicos costes en que pueden incurrir una agencia local o distrito escolar se causarán por causa del hecho de que esta ley crea un nuevo delito o infracción, elimina un delito o infracción o cambia la pena por un delito o infracción, en el sentido del artículo 17556 del Código del Gobierno, o cambia la definición de un delito en el sentido de la sección 6 del artículo XIII B de la Constitución de California»⁴¹.

9. El segundo apartado se refiere a las secciones 2, 3, 4 y 5 de la ley, que operan concretas enmiendas en el *Labor Code*, en el *Unemployment Insurance Code*, así como en las «ordenanzas salariales de la Comisión de Bienestar Industrial». De estos cuatro preceptos, el más importante —con mucho— es la sección 2, que procede a añadir una nueva sección 2750.3 al *Labor Code*. El precepto añadido —que fija su entrada en vigor el día 1

³⁸ Cfr. apartado (e), inciso primero. Textualmente, «*the intent of the Legislature in enacting this act to ensure workers who are currently exploited by being misclassified as independent contractors instead of recognized as employees have the basic rights and protections they deserve under the law, including a minimum wage, workers' compensation if they are injured on the job, unemployment insurance, paid sick leave, and paid family leave*».

³⁹ *Ibidem*, inciso segundo.

⁴⁰ Textualmente, «*no provision of this measure shall permit an employer to reclassify an individual who was an employee on January 1, 2019, to an independent contractor due to this measure's enactment*».

⁴¹ Textualmente, «*because the only costs that may be incurred by a local agency or school district will be incurred because this act creates a new crime or infraction, eliminates a crime or infraction, or changes the penalty for a crime or infraction, within the meaning of Section 17556 of the Government Code, or changes the definition of a crime within the meaning of Section 6 of Article XIII B of the California Constitution*».

enero 2020⁴²— es una norma gigantesca, aunque su núcleo esencial aparece contenido en los subapartados (a) y (b) de la misma. En el primero de estos dos subapartados, se afirma —codificando la doctrina de *Dynamex*— que «a efectos de las disposiciones de esta Código y del Código del Seguro de Desempleo, y de las ordenanzas salariales de la Comisión de Bienestar Industrial, una persona que preste trabajo o servicios retribuidos será considerada trabajador asalariado, en vez de trabajador autónomo, salvo que la entidad contratante demuestre que todas las siguientes condiciones se cumplen»⁴³, resultando que estas condiciones eran las tres ya conocidas y antes citadas, a saber: «(A) la persona no está sujeta al control y dirección de la entidad contratante en conexión con el desarrollo del trabajo, tanto al amparo del contrato para el desarrollo del trabajo como de hecho. (B) la persona desarrolla trabajo que está fuera de la actividad usual del negocio de la entidad contratante. (C) la persona actúa usualmente en un oficio, ocupación o negocio autónomamente establecidos de la misma naturaleza que el trabajo desarrollado»⁴⁴. Por su parte, en el segundo de los subapartados aludidos, lo que hace la norma es declarar que continúa vigente el Derecho anterior al caso *Dynamex*, respecto de una serie de «ocupaciones [*occupations*]» pormenorizadamente mencionadas en dicho subapartado, entre las cuales se incluyen, por ejemplo, la de «médico y cirujano, dentista, podólogo, psicólogo o veterinario, autorizados por el Estado de California»⁴⁵, así como «una persona que tenga una autorización en vigor del Estado de California y que esté practicando alguna de las

⁴² Literalmente, «las disposiciones de esta sección del *Labor Code* se aplicará al trabajo desarrollado el, o después del, 1 enero 2020 [*the provisions of this section of the Labor Code shall apply to work performed on or after January 1, 2020*]» [cfr. Sección 2750.3, apartado (i)(3)].

⁴³ Subapartado (1). Textualmente, «*for purposes of the provisions of this code and the Unemployment Insurance Code, and for the wage orders of the Industrial Welfare Commission, a person providing labor or services or remuneration shall be considered an employee rather than an independent contractor unless the hiring entity demonstrates that all of the following conditions are satisfied*».

⁴⁴ *Ibidem*. Textualmente, «(A) *The person is free from the control and direction of the hiring entity in connection with the performance of the work, both under the contract for the performance of the work and in fact. (B) The person performs work that is outside the usual course of the hiring entity's business. (C) The person is customarily engaged in an independently established trade, occupation, or business of the same nature as that involved in the work performed*».

⁴⁵ Subapartado (2). Textualmente, «*a physician and surgeon, dentist, podiatrist, psychologist, or veterinarian licensed by the State of California*».

siguientes profesiones reconocidas: abogado, arquitecto, ingeniero, investigador privado o contable»⁴⁶.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

— A. BILLINGHAM, «Driving the industry crazy: classifying ride-share drivers following *Dynamex*», *Rutgers University Law Review*, núm. 72 (2019).

— B. BURDICK, «*Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court*», *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, núm. 40 (2019).

— V.B. DUBAL, «Wage slave or entrepreneur?: Contesting the dualism of legal worker identities», *California Law Review*, núm. 105 (2017).

— S.A. GENTRY, «*Dynamex to Vazquez and the uncertainties they unleashed*», *Orange County Lawyer*, núm. 61 (2019).

— W.B. GOULD IV, «*Dynamex is dynamite, but Epic Systems is its foil – Chamber of Commerce: the sleeper in the trilogy*», *Missouri Law Review*, núm. 83 (2018).

— T.M. KURTZMAN, «*Deconstructing Dynamex*», *Los Angeles Lawyer*, núm. 41 (2018).

— R. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *La gestión de recursos humanos en una gran empresa textil norteamericana. Análisis comparatista del vigente convenio colectivo de Levi Strauss & Co., y traducción castellana*, Tesis Doctoral inédita (A Coruña, 2012).

— T.A. McQUEEN, «*Dynamex is not “armageddon” ... even though it may feel like it*», *Orange County Lawyer*, núm. 60 (2018).

— O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un’analisi comparata*, FrancoAngeli (Milán, 2018).

⁴⁶ Subapartado (3). Textualmente, «*an individual who holds an active license from the State of California and is practicing one of the following recognized professions: lawyer, architect, engineer, private investigator, or accountant*».

Alberto Arufe Varela, «La laborización en California de los transportistas al servicio de plataformas digitales. El caso *Dynamex v. Superior Court* (2018)»

— H.M. THORNE, «Retroactive application of *Dynamex*», *Los Angeles Lawyer*, núm. 42 (2019).

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO*

[SEX DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT IN GERMAN LABOUR LAW]

Holger Brecht-Heitzmann

Fecha de recepción: 22 de febrero de 2019

Fecha de aceptación: 21 de marzo de 2019

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.- III. LA CIRCUNSTANCIA «SEXO».- IV.- ÁMBITOS SELECTOS DE DISCRIMINACIÓN.- 1. El procedimiento competitivo.- 2. Salario.- 3. Puestos directivos.- 4. Despido.- V. CONCLUSIÓN.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. CONSTITUCIONAL FOUNDATIONS AND THE EUROPEAN UNION LAW.- III.- THE CIRCUMSTANCE «SEX».- IV. SELECT AREAS OF DISCRIMINATION.- 1. The competitive procedure.- 2. Wages.- 3. Executive positions.- 4. Dismissal.- V. CONCLUSION.

Resumen: Este trabajo analiza los supuestos básicos de discriminación por razón de sexo en el empleo en Alemania, llegando a la conclusión de que dicha discriminación sigue representando una práctica usual en Alemania especialmente en el ámbito del salario igual.

Abstract: This work analyses the basic assumptions of discrimination on the grounds of sex in employment in Germany, reaching the conclusion that such discrimination continues to represent a common practice in Germany, specially in the field of equal pay.

Palabras clave: Alemania, Constitución alemana, Derecho alemán del Trabajo, Discriminación por razón de sexo, Igualdad salarial

* Traducción al castellano, desde el alemán original, de Jesús Martínez Girón.
ACDCT, VOL. XI (2019), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 31-45

Keywords: *Germany, German Constitution, German employment law, Sex discrimination, Equal pay*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Las discriminaciones en la vida laboral se conocen en todas las sociedades. Sin embargo, existen diferencias sobre la cuestión de qué circunstancia discriminatoria puede considerarse característico para su tratamiento jurídico en un país. En los Estados Unidos, ésta fue con seguridad la circunstancia discriminatoria «raza», pues el perjuicio de los afroamericanos fue el motivo más importante para la aprobación del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Fueron los contrarios a dicha ley antidiscriminatoria, quienes quisieron hacer fracasar todo el proyecto a través de la propuesta de su ampliación con la circunstancia del «sexo». Hay que considerar como opuesto la evolución del tema en Alemania: aquí fue preferente la lucha por el tratamiento igual de hombres y mujeres, que condujo a la acentuación del derecho antidiscriminatorio. Sólo en tiempos recientes, otras circunstancias como el origen étnico, la religión, la discapacidad, la edad o la orientación sexual pasan a un primer plano. A pesar de ello, la cuestión del perjuicio por causa de sexo no ha perdido en ningún, sin embargo, actualidad.

La presente aportación debe llevar a cabo una visión general de la situación real y jurídica de la discriminación por causa de sexo en el mundo laboral alemán. Al respecto, debe plantearse brevemente en primer lugar los fundamentos jurídico constitucionales y del Derecho de la Unión. Se añade una reflexión acerca de lo que se comprende en la circunstancia de discriminación por sexo. Finalmente, se someten ámbitos discriminatorios selectos a una reflexión precisa.

II. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La cuestión del trato igual de hombres y mujeres fue objeto de intensas discusiones específicas durante la elaboración de la Constitución Federal (GG). Hay que atribuir principalmente al compromiso de las cuatro mujeres, que eran miembros del total de 67 personas de la cámara parlamentaria existente, el que el artículo 3, apartado 2, de la Constitución Federal en vigor contuviese la siguiente expresión:

«Los hombres y mujeres son jurídicamente iguales»¹.

Además de ello, el artículo 3, apartado 3, de la Constitución Federal contiene una prohibición de perjudicar y de otorgar preferencia, que menciona, entre otras, la circunstancia del sexo.

La situación de ambos preceptos se consideró desde antiguo como equivalente. En el año 1993, sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional puso de relieve una diferencia importante: aunque el artículo 3, apartado 2, y el artículo 3, apartado 3, de la Constitución Federal contienen ambos una prohibición de discriminación, el artículo 3, apartado 2, de la Constitución Federal establece complementariamente un mandato de igualdad jurídica, y ésta se extiende también a la realidad social. Con ello, se trata de la realización fáctica de la igualdad jurídica de los sexos en el futuro, y de la equiparación de las condiciones de vida².

Tras la unificación de Alemania, estas ideas fructificaron en una ordenación complementaria, y se añadió al artículo 3, apartado 2, de la Constitución Federal el siguiente inciso 2:

«El Estado promueve la realización efectiva de la igualdad jurídica de hombres y mujeres, y pretende conseguir la eliminación de las desventajas existentes».

En este caso, se trata de una disposición programática del Estado, que promueve especialmente la actuación del legislador³. Para llevarla a efecto, se promulgaron, entre otras, Leyes de igualdad en los planos federal, estatal y local⁴.

¹ Sobre las «Madres de la Constitución Federal», por ejemplo, cfr. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Editor), Mütter des Grundgesetzes, 12^a ed., Berlin 2018, págs. 5 y ss., <https://www.bmfsfj.de/blob/jump/94392/muetter-grundgesetz-data.pdf> (última entrada: 20.12.2018).

² Tribunal Federal Constitucional, 16.11.1993 – 1 BvR 258/86 – NJW 1994, 647.

³ Langenfeld, en: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, artículo 3, apartado 2, marg. 56, 74^a entrega, mayo 2015.

⁴ Las bases jurídicas en los Estados federados se exponen panorámicamente en Herms, en: Meinel/Heyn/Herms, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 5^a ed, 2015, § 23, marg. 14.

A este respecto, se regularon impulsos esenciales en el Derecho primario europeo, dado que la igualdad de sexos representó desde el principio un principio básico del Derecho comunitario. El principio del salario igual para hombres y mujeres por un trabajo igual o de igual valor, que luego se incluye en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y resulta directamente aplicable en el Derecho nacional, estaba ya contenido en el año 1957 en el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Además de ello, se regularon en el Tratado de Lisboa la igualdad, antidiscriminación e igualdad de oportunidades en relación con el puesto de trabajo, así como la igualdad de trato en el puesto de trabajo, en los artículos 2 y 9 del Tratado de la Unión Europea, así como en los artículos 8, 10, 19 y 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Además, con el Tratado de Lisboa se otorgó eficacia jurídica a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que trata de la igualdad de sexos en el artículo 21 (no discriminación), en el artículo 23 (igualdad de hombres y mujeres), en el artículo 33 (permisos de maternidad y de paternidad) y en el artículo 34 (seguridad social)⁵. Las reglas europeas de esta índole fueron durante muchos años el motor para contrarrestar la discriminación de hombres y mujeres en el mundo laboral alemán.

III. LA CIRCUNSTANCIA «SEXO»

La principal Ley federal alemana para la realización de la igualdad de hombres y mujeres está representada por la AGG, que sólo entró en vigor con retraso, el 18 agosto 2006, para transponer diversas Directivas⁶. En el

⁵ Vista general y valoración crítica de la actual política de igualdad, en *Maier*, WSI-Mitteilungen 2015, 5 y ss., https://www.boeckler.de/wsimit_2015_01_maier.pdf (última entrada: 20.12.2018).

⁶ Ley para la transposición de Directivas europeas sobre realización del principio de igualdad de trato de 14 agosto 2006, Boletín Oficial Federal, I, 1887. Sirve para la transposición de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 junio 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 180, pág. 22), Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 303, pág. 16), 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 septiembre 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de empleo (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 269, ACDCT, VOL. XI (2019), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 31-45

parágrafo 1 de la AGG, entre otros, se menciona el objetivo de impedir o eliminar las discriminaciones por motivos de sexo. Esto plantea la cuestión de qué hay que comprender bajo esta circunstancia.

Al respecto, una Decisión que abrió nuevas perspectivas del Tribunal Federal Constitucional ha considerado, en el año 2017, un tercer sexo reconocido en ella: consecuentemente, se declara la identidad sexual bajo la protección constitucional del derecho general de la personalidad a que se refiere el artículo 2, apartado 1, en conexión con el artículo 1, apartado 1, de la Constitución Federal. Esto también comprende la identidad sexual de aquellas personas que con carácter permanente no quieren asignarse ni al sexo masculino ni al sexo femenino. Al respecto, estas personas están protegidas por el artículo 3, apartado 3, inciso 1, de la Constitución Federal, frente a discriminaciones por causa de su sexo⁷. Con ello, se aclara que la circunstancia del sexo también se aplica a las personas intersexuales, y ciertamente tanto por el artículo 3, apartado 3, inciso 1, de la Constitución Federal, como por el parágrafo 1 de la AGG.

En cambio, se discute la asignación de los transexuales. En este caso, se trata de personas que no se sienten pertenecientes al sexo certificado cuando nacieron⁸. La discriminación de estas personas se asigna, en parte, a la circunstancia de la orientación sexual⁹, y en parte, a la circunstancia del sexo¹⁰. El Tribunal Federal de Trabajo considerado conforme con el Derecho de la Unión la declaración del parágrafo 1 de la AGG de que la transexualidad abarca tanto la circunstancia del «sexo» como la circunstancia de la «identidad sexual»¹¹.

pág. 15), y Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 diciembre 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 373, pág. 37).

⁷ Tribunal Federal Constitucional, 10.10.2017 – 1 BvR 2019-16 – NJW 2017, 3643.

⁸ Tribunal Federal de Trabajo, 17.12.2015 – 8 AZR 421/14 – NZA 2016, 888.

⁹ Así, la exposición de motivos de la AGG, cfr. BT-Drs. 16/1780, pág. 31; igualmente, *Bauer/Krieger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4ª ed., 2015, § 1, marg. 25; *Bauschke*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz im öffentlichen Dienst, 2007, § 1, marg. 12.

¹⁰ Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 30.4.1996 - Asunto C-13/94 (P contra S y Cornwall County Council) – NZA 1996, 695; igualmente, *Däubler*, en: *Däubler/Bertzbach* (Editores), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4ª ed., 2018, § 1, marg. 48; *Hey*, en: *Hey/Forst* (Editores), AGG, 2ª ed., 2015, § 1, marg. 38; *Thüsing*, en: *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., 2018, § 1 AGG, marg. 22.

¹¹ Tribunal Federal de Trabajo, 17.12.2015 – 8 AZR 421/14 – NZA 2016, 888.

IV. ÁMBITOS SELECTOS DE DISCRIMINACIÓN

Las discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo pueden aparecer en muchos ámbitos de la vida laboral. En lo que sigue, se traen a especial consideración algunos ámbitos selectos. De las especialidades del empleo público, donde se aplican reglas especiales sobre todo en el ámbito de la promoción de las mujeres, no cabe ocuparse aquí por motivos de espacio.

1. El procedimiento competitivo

El procedimiento competitivo comienza la mayoría de las veces con una convocatoria, que no puede dar lugar al incumplimiento de la prohibición de discriminación a que se refiere el parágrafo 11 de la AGG. Una convocatoria no sexualmente neutral representa un indicio de discriminación por razón de sexo y conduce, según el parágrafo 22 de la AGG, a una inversión de la carga de la prueba¹². De ahí que se haya extendido en las convocatorias alemanas, en lugar de las denominaciones profesionales masculinas y femeninas, el uso del masculino genérico como concepto general, completado con el añadido aclaratorio «masculino/femenino»¹³. En el futuro, con el reconocimiento jurídico de un tercer sexo, este complemento deberá decir «masculino/femenino/distinto», dado que en caso contrario la consecuencia sería presumir la discriminación por razón de sexo¹⁴.

Sin embargo, con carácter excepcional, puede estar justificado limitar la convocatoria a un sexo, cuando esto representa, según el parágrafo 8, apartado 1, de la AGG, una exigencia profesional esencial y decisiva, por causa del modo en que hay que realizar la actividad, supuesto que el propósito esté justificado y la exigencia sea adecuada. Esto lo ha aceptado el

¹² *Rolfs/Wessel*, NJW 2009, 3329.

¹³ Por ejemplo, «Abogado (femenino/masculino)», en lugar de «Abogado/Abogada».

¹⁴ Así, acertadamente, *Jacobs*, RdA 2018, 263, 269; *Körlings*, NZA 2018, 282, 284.

Tribunal Federal de Trabajo en el caso de una discriminación ligada al sexo de un hombre, en la convocatoria de un puesto de «educadora/profesora de deportes/pedagoga social», de una escuela con internado de chicas. Se confirmó el sexo femenino como condición esencial de la actividad, dado que la nueva titular del puesto también tenía que realizar trabajo nocturno en el internado de chicas¹⁵.

Además de esto, tiene importancia especial qué preguntas pueden plantearse en una situación competitiva. Esto requiere una reflexión valorativa, en la que se tengan en cuenta los derechos de personalidad de las personas competidoras, frente al interés del empresario a un retrato fiable de su aptitud real y personal¹⁶. Si una pregunta admisible se responde incorrectamente, esto justifica la impugnación por causa de engaño doloso, en virtud del parágrafo 123, apartado 1, alternativa primera, del BGB. En cambio, si prevalece el interés de la persona candidata, entonces tiene «derecho a mentir»¹⁷.

Sobre todo, ha ocupado recurrentemente a la jurisprudencia la pregunta sobre el embarazo. Aunque el Tribunal Federal de Trabajo consideró admisible por principio, en un primer momento, la pregunta «en forma apropiada»¹⁸, la rechazó luego si sólo mujeres habían concursado al puesto¹⁹. Finalmente, el Tribunal Federal de Trabajo mantuvo que era admisible la pregunta, cuando servía objetivamente a la protección de la salud de la madre y su hijo no nacido, por causa de la prohibición de empleo para el puesto convocado²⁰. En todos estos casos, fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien obligó al Tribunal Federal de Trabajo a la corrección²¹. De manera correcta, si existe un interés justificado, equitativo y digno de protección, entonces deben contestarse negativamente las preguntas relativas a todos los datos que puedan conducir a una

¹⁵ Tribunal Federal de Trabajo, 28.5.2009 - 8 AZR 536/08 - NZA 2009, 1016.

¹⁶ *Brecht-Heitzmann*, ZTR 2006, 639, 640.

¹⁷ *Benecke*, en: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 4ª ed., 2018, § 33, marg. 25a.

¹⁸ Tribunal Federal de Trabajo, 22.9.1961 - 1 AZR 241/60 – NJW 1962, 74.

¹⁹ Tribunal Federal de Trabajo, 20.2.1986 – 2 AZR 244/85 – NZA 1986, 739.

²⁰ Tribunal Federal de Trabajo, 1.7.1993 – 2 AZR 25/93 - NZA 1993, 933.

²¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 8.11.1990 – Asunto C-177/88 (Dekker) – NJW 1991, 628; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 3.2.2000 – Asunto C-207/98 (Mahlburger) – NJW 2000, 1019. Sobre Tribunal Federal de Trabajo, 6.2.2003, 2 AZR 621/01, NZA 2003, 848. Además, cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 4.10.2001 – Asunto C-109/00 (Tele Danmark) – NJW 2002, 123.

discriminación derivada de los motivos del párrafo 1 de la AGG²². Tales preguntas constituyen indicios de la presunción de que se incumplió la prohibición de discriminación.

También en las consecuencias jurídicas de las no contrataciones discriminatorias, fue el Derecho europeo el que obligó en última instancia a reglas eficaces. El original párrafo 611a, apartado 2, del BGB había sido motejado en la doctrina científica como «párrafo de franqueo», dado que la concursante discriminada únicamente podía accionar por daños y perjuicios por los gastos infructuosos de su solicitud²³. Luego, el párrafo 6, apartado 1, inciso 2, de la AGG aclaró que también las candidatas o, en su caso, candidatos se consideraban trabajadores, y de este modo, se comprenden en el ámbito de aplicación de la Ley. Ciertamente, en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación del párrafo 7 de la AGG, no tienen derecho después a la creación de una relación laboral, en caso, según el párrafo 15, apartado 6, de la AGG. Sin embargo, según el párrafo 15, apartado 2, de la AGG pueden exigir una indemnización adecuada en dinero. Los límites máximos de tres meses de salarios, regulados en el párrafo 15, apartado 2, inciso 2, de la AGG se aplican en ese caso exclusivamente a las candidatas o, en su caso, candidatos que tampoco hubieran sido contratados en una selección sin discriminación²⁴.

2. Salario

Aunque el Tribunal Federal de Trabajo había establecido como directamente vinculante, ya en el año 1955, también para las partes del convenio colectivo, el principio de salario igual para hombres y mujeres en caso de trabajo igual o de igual valor²⁵, las diferencias salariales entre

²² Sobre la opinión dominante, *Däubler*, en: *Däubler/Bertzbach* (Editores), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4ª ed., 2018, § 7, marg. 35; y *Schlachter*, en *Erfurter Kommentar*, 19ª ed., 2019, § 2, marg. 4a AGG, cada uno con indicaciones adicionales.

²³ *Junker*, NZA-Beil. 2012, 27, 29; sanciones, en cuanto que insuficientemente reclamado, en Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 10.4.1984 – Asunto 14/83 (von Colson y Kamann) – NJW 1984, 2021.

²⁴ *Oetker*, en: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 4ª ed., 2018, § 17, marg. 73.

²⁵ Tribunal Federal de Trabajo, 15.1.1955 – 1 AZR 305/54 – NJW 1955, 684.

hombres y mujeres siguen siendo acusadas, al igual que tradicionalmente²⁶. En el año 2017, las mujeres ganaron en Alemania un salario hora bruto promediado de 16,59 euros, un 21% menos que los hombres (21,00 euros). Si no se computan las circunstancias salarialmente relevantes de la llamada «brecha salarial de género aclarada», entonces las mujeres ganaron en promedio en el año 2014 un 6% menos que los hombres por hora, teniendo en cuenta también la exigencia de actividad comparable y de cualificación equivalente²⁷.

En julio de 2017, entró en vigor la Ley de transparencia salarial (EntgTranspG), cuyo objetivo es hacer efectivo el mandato de salario igual para hombres y mujeres en un trabajo igual o de igual valor²⁸. A este efecto, el parágrafo 3 de la EntgTranspG prohíbe la discriminación directa o indirecta por causa de sexo, en relación con todas las circunstancias salariales y condiciones salariales en caso de trabajo igual o de valor igual. En centros de trabajo con ordinariamente más de 200 trabajadores para el mismo empresario, los trabajadores tienen un derecho individual de información en relación con el salario bruto mensual promediado, según las disposiciones de los parágrafos 10-16 de la EntgTranspG. A los empresarios privados con ordinariamente más de 500 trabajadores se les exige, por medio de los parágrafos 17-20 de la EntgTranspG, con ayuda de procedimientos de comprobación empresariales, que verifiquen regularmente sus regulaciones salariales y todas las circunstancias salariales para el cumplimiento del mandato de igualdad salarial. Si estos empresarios están obligados a informar sobre su situación, según el Código de Comercio, entonces tienen que realizar un informe sobre igualdad y sobre igualdad salarial.

Las primeras experiencias prácticas con la Ley acreditan que apenas se ha hecho uso del derecho de información individual²⁹. Esto es

²⁶ Sigue valiendo la pena leer la Tesis Doctoral de *Winter*, *Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit: Ein Prinzip ohne Praxis*, 1998, que incluye además una notable parte de Derecho comparado.

²⁷ *Statistisches Bundesamt*, *Verdienstunterschied zwischen Frauen und Männern in Deutschland 2017 bei 21 %*, Comunicación de prensa núm. 99 de 15.3.2018,

²⁸ Cfr. el artículo panorámico sobre la Ley de transparencia salarial, entre otros, de *Franzen*, *NZA* 2017, 814; *Kocher*, *ArbuR* 2018, 8; *Oberthür*, *NJW* 2017, 2228; críticamente, *Wank*, *RdA* 2018, 34.

²⁹ *Hagelüken / Öchsner*, *Gehaltsunterschiede: Wer verdient was?* *Süddeutsche Zeitung*, 26.5.2018, <https://www.sueddeutsche.de/karriere/gehaltsunterschiede-wer-verdient-was-1.3991882> (última entrada: 23.12.2018).

poco sorprendente, pues la realización de la igualdad salarial se carga en última instancia, según la concepción legal, sobre los trabajadores afectados³⁰. En este caso, es reconocido desde hace tiempo, por la sociología jurídica, el comprensible temor de las trabajadoras y de los trabajadores al ejercicio contencioso de sus derechos en el marco de las relaciones laborales existentes³¹. De ahí que un paso más consecuente sería posibilitar la realización en un procedimiento colectivo y, a tal efecto, introducir el derecho asociativo de accionar³².

3. Puestos directivos

La insuficiente realización de la igualdad de las mujeres también se muestra especialmente en su reducida representación en puestos directivos. Ciertamente, con Angela Merkel, gobierna en Alemania por vez primera una Canciller, aunque hasta el momento las 30 empresas más importantes cotizadas en el Índice Bursátil Alemán (DAX) han tenido siempre un presidente del consejo de administración³³. De ahí que para modificar la infrarrepresentación de las mujeres en puestos directivos resultase útil la introducción de reglas vinculantes sobre cuotas, lo que por lo demás sólo se ha logrado en pocos ámbitos.

En el año 2015, se aprobó la Ley para la participación igualitaria de mujeres y hombres en puestos directivos en el sector privado y en el empleo público³⁴. Ésta prevé para los consejos de vigilancia de las empresas con cogestión, en virtud del parágrafo 96, apartado 2, de la Ley de sociedades de capital (AktG), una cuota para hombres y mujeres de al menos un 30% en cada caso³⁵. Además de ello, el consejo de administración y el consejo de

³⁰ También, *Göpfert / Giese*, NZA 2018, 207, 210, que examinan la nueva Ley desde la perspectiva del empresario, y no esperan olas de reclamaciones.

³¹ Cfr. sólo *Brecht*, Die Umsetzung von Tarifverträgen auf Betriebsebene, 2003, pág. 151.

³² *Kocher*, ArbuR 2018, 8, 17.

³³ *Buchter*, Frauen in Führungspositionen: Ganz oben, ZEIT ONLINE, 14.11.2018, <https://www.zeit.de/2018/47/frauen-fuehrungspositionen-finanzchefs-unternehmen-gleichberechtigung/komplettansicht> (última entrada: 23.12.2018).

³⁴ Ley de 24.4.2015, Boletín Oficial Federal, I, 642.

³⁵ Conforme, *Jung*, DStR 2014, 960; *Zimmer*, en: *Däubler/Bertzbach* (Editores), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4ª ed., 2018, § 5, margs. 39 y ss.; expresa dudas sobre las cuotas, en cambio, *Schleusener*, NZA-Beilage 2016, 50, 52.

vigilancia de las empresas que coticen en bolsa o estén sujetas a cogestión, en virtud del párrafo 76, apartado 4, y del párrafo 111, apartado 5, de la AktG, en el marco de sus deberes propios, deben establecer objetivos ambiciosos para la participación de las mujeres en el consejo de administración, en el consejo de vigilancia, así como en ambos niveles de dirección dentro del consejo de administración. Sobre la base de su voluntariedad, no obstante, es posible que el objetivo ambicioso pueda establecerse en el 0%. Según el primer informe del Gobierno Federal sobre la participación de hombres y mujeres en niveles directivos, aproximadamente el 41% de las empresas comprendidas no ha establecido objetivos ambiciosos en todos los niveles³⁶.

Una regulación de mayor alcance se aplica desde 2001 en el ámbito de la organización de la empresa. Según el párrafo 15, apartado 2, de la Ley de organización de la empresa (BetrVG), el sexo que está en minoría en la plantilla debe estar representado en el comité de empresa, al menos en la correspondiente proporción numérica. Esto ha conducido a que en el actual período de vigencia de los mandatos, en la representación conjunta en la plantilla con un 42% de mujeres, ocupen el 39% de todos los puestos de representación en los comités de empresa³⁷.

Con relación a los ascensos, la jurisprudencia ha establecido listones altos, cuando se dan indicios de falta de equilibrio discriminatorio de las mujeres. Así, según una decisión del Tribunal Federal de Trabajo, no justifica la provisión de un puesto de ascenso con un trabajador masculino, en lugar de una trabajadora embarazada, que desempeñaba en la empresa un puesto comparable, la presunción de una discriminación ligada al sexo³⁸. Además, la jurisprudencia mantiene que es perfectamente posible que surjan de las estadísticas indicios de discriminación ligada al sexo, aunque en la práctica se exigen otros puntos de conexión más allá de lo estadístico. La sola circunstancia de que en el nivel jerárquico comparable, la proporción de mujeres sea más alta en el mismo sector que en relación con el empresario afectado, o que exista una proporción de mujeres más reducida en los niveles jerárquicos más altos del empresario que en el conjunto de la

³⁶ Informe del Gobierno Federal sobre la proporción de mujeres y la proporción de hombre en los niveles de dirección y en los órganos del sector privado y del sector público, de 10.8.2017, BT-Drs. 18/13333, pág. 15.

³⁷ *Baumann / Brehmer / Hobler / Klenner / Pfahl*, Frauen und Männer in Betriebsräten, WSI-Report Nr. 34, 01/2017, https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_34_2017.pdf (última entrada: 23.12.2018).

³⁸ Tribunal Federal de Trabajo, 24.4.2008 – 8 AZR 257/07 – NZA 2008, 1351.

empresa, no tiene ninguna eficacia indiciaria, en opinión del Tribunal Federal de Trabajo³⁹. También es dudosa la afirmación de que la mera exposición de una situación social (discriminatoria) en la empresa no supone ninguna discriminación jurídicamente relevante, dado que el empresario no está obligado ni en la posición de equilibrar, a través de su política de personal, circunstancias sociales que obstaculizan la actividad laboral y/o el ascenso profesional de las mujeres⁴⁰. Cabe esperar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea lleve aquí a una corrección duradera⁴¹.

4. Despido

En el ámbito de aplicación de la AGG existe una regla sorprendente: según el parágrafo 2, apartado 4, de la AGG, las disposiciones sobre protección general y especial contra el despido se aplican exclusivamente a los despidos. Esta regla se consideró reiteradamente un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea⁴², y que era posible mantener una interpretación de conformidad parcial con las Directivas del Derecho alemán del despido⁴³.

El Tribunal Federal de Trabajo ha escogido el camino de la interpretación de la conformidad con las Directivas, aunque debiendo realizar para ello algunos cambios. Ante todo, valoró el incumplimiento de la prohibición de discriminación como una circunstancia que puede conducir a la injustificación social del despido, en virtud del parágrafo 1, apartado 1, de la Ley de protección contra el despido (KSchG)⁴⁴. Los despidos en una pequeña empresa, o antes del transcurso del plazo de espera de seis meses, que no están cubiertos por la Ley de protección contra el

³⁹Tribunal Federal de Trabajo, 22.7.2016 – 8 AZR 1012/08 – NZA 2011, 93.

⁴⁰ Tribunal Federal de Trabajo, 27.1.2011 – 8 AZR 483/09 – NZA 2011, 689, 692.

⁴¹ Críticamente, también, *Bertzbach/Beck*, en: *Däubler/Bertzbach* (Editores), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4ª ed., 2018, § 5, margs. 39 y ss., con remisión a Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 27.10.1993 – Asunto C-127/92 (Enderby) – NZA 1994, 797.

⁴² *Däubler*, en: *Däubler/Bertzbach* (Editores), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4ª ed., 2018, § 2, margs. 292 y ss., con indicaciones adicionales.

⁴³ *Preis*, en: *Ascheid / Preis / Schmidt*, *Kündigungsrecht*, Primera Parte, J, marg. 71 y ss.; *Schlachter*, en *Erfurter Kommentar*, 19ª ed., 2019, § 2, marg. 17 AGG.

⁴⁴ Tribunal Federal de Trabajo, 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – NZA 2009, 361.

despido, se incluyen por el Tribunal Federal de Trabajo, en cambio, directamente en la prohibición de discriminación de la AGG⁴⁵. Además de ello, los despidos que incumplen la prohibición de discriminación del parágrafo 7 de la AGG, pueden conducir a una indemnización de daños y perjuicios, en virtud del parágrafo 15, apartado 2, de la AGG⁴⁶.

Un ejemplo de ello es el caso enjuiciado por el Tribunal Federal de Trabajo en una pequeña empresa, en la que se notificó a una trabajadora embarazada la prohibición médica de trabajar. Como supo a través de una prueba que el feto había muerto, se lo comunicó al empresario. Éste notificó inmediatamente el despido por motivos empresariales. Dado que, en el momento de la declaración del despido, la intervención para eliminar el feto muerto no se había producido todavía, existía un incumplimiento de la prohibición absoluta de despido de las embarazadas. Ello justificó la presunción de una discriminación por causa de sexo. En este sentido, el embarazo tampoco tenía que haber sido el motivo exclusivo del despido, sino que bastaba que era parte del conjunto de motivos. De ahí que el Tribunal Federal de Trabajo confirmase el derecho a indemnización de la despedida, al amparo del parágrafo 15, apartado 2, de la AGG⁴⁷.

V. CONCLUSIÓN

Las discriminaciones por razón de sexo están prohibidas, aunque siguen representando una práctica usual. Especialmente en el ámbito del salario igual, así como en el de la representación de las mujeres en puestos directivos, existe una importante necesidad de actuación adicional. La protección de las mujeres ante la discriminación en el mundo laboral se otorga, ante todo, por normas del Derecho de la Unión. En este sentido, el legislador alemán y la jurisprudencia se mostraban frecuentemente vacilantes, y debieron ser reconducidos a una protección integralmente eficaz de la discriminación, sólo a través de las normas de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión

⁴⁵ Tribunal Federal de Trabajo, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372; Tribunal Federal de Trabajo, 23.7.2015 – 6 AZR 457/14 – NZA 2015, 1380.

⁴⁶ Tribunal Federal de Trabajo, 12.12.2013 – 8 AZR 838/12 – NZA 2014, 722; Tribunal Federal de Trabajo, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372, 376.

⁴⁷ Tribunal Federal de Trabajo, 12.12.2013 – 8 AZR 838/12 – NZA 2014, 722 y ss.
ACDCT, VOL. XI (2019), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 31-45

Europea. La necesidad de dicha presión por parte de la Unión Europea en la práctica jurídica alemana se da todavía.

NOTAS SOBRE LOS APREMIOS PECUNIARIOS EN EL DERECHO PROCESAL PORTUGUÉS DEL TRABAJO

[NOTES ON PERIODIC PENALTY PAYMENT IN PORTUGUESE LABOR
PROCEDURAL LAW]

Luis Ferreira de Almeida Carneiro

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2019

Fecha de aceptación: 21 de marzo de 2019

Sumario: I. LAS PRESTACIONES DE NATURALEZA NO FUNGIBLE EN EL DERECHO DEL TRABAJO.- II. LA NATURALEZA CIVIL DE LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA.- III. LA APLICABILIDAD GENERAL DE LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA EN EL DERECHO DEL TRABAJO.- IV. LAS REMISIONES INDIRECTAS DEL CÓDIGO DEL PROCESO DEL TRABAJO A LA FIGURA DE LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA.- V. LAS REMISIONES DIRECTAS DEL CÓDIGO DEL PROCESO DEL TRABAJO A LA FIGURA DE LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA.- A) La condena a la readmisión del trabajador.- B) La impugnación de la confidencialidad de informaciones, o de la negativa a su prestación o de la realización de consultas.- C) La acción especial para la tutela de la personalidad del trabajador.- VI. LOS PRESUPUESTOS DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA.- A) Iniciativa procesal.- B) Elemento temporal.- C) Determinación de la cuantía.- D) Beneficiario de la sanción pecuniaria compulsoria.- VII. LA PLASTICIDAD PROCESAL DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS COMPULSORIAS.- VIII. LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA EN LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES Y EN LOS RECURSOS.- IX. LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA EN EL PROCESO EJECUTIVO.- X. CONCLUSIONES.

Contents: I. NON-FUNGIBLE BENEFITS IN EMPLOYMENT LAW.- II. THE CIVIL NATURE OF THE PERIODIC PENALTY PAYMENT.- III. THE GENERAL APPLICABILITY OF THE PERIODIC PENALTY PAYMENT IN EMPLOYMENT LAW.-

IV. THE INDIRECT REFERRALS OF THE LABOUR PROCEDURE CODE TO THE PERIODIC PENALTY PAYMENT.- V. THE DIRECT REFERRALS OF THE LABOUR PROCEDURE CODE TO THE PERIODIC PENALTY PAYMENT.- A) The decision to reinstate a dismissed employee following a successful lawsuit. - B) Lawsuit opposing to the confidentiality of information or the refusal to provide it or conducting consultations.- C) The special lawsuit to safeguard the personality rights of the employee.- VI. THE CONDITIONS FOR THE APPLICATION OF THE PERIODIC PENALTY PAYMENT.- A) Procedural initiative.- B) Temporal element.- C) Determination of the amount.- D) The beneficiary of the compulsory financial sanction.- VII. THE PROCEDURAL PLASTICITY OF PERIODIC PENALTY PAYMENT.- VIII. THE PERIODIC PENALTY PAYMENT IN THE PRECAUTIONARY PROCEEDINGS AND IN THE APPEALS PROCESS.- IX. THE PERIODIC PENALTY PAYMENT IN THE ENFORCEMENT PROCEEDINGS.- X. CONCLUSIONS.

Resumen: En el Derecho del Trabajo, por la naturaleza *intuitu personae* de la relación laboral, la regla es la de la existencia de prestaciones no fungibles que se establecen entre empresario y trabajador. El incumplimiento de una obligación de hacer materialmente no fungible, en un marco jurídico que impide constreñir físicamente al deudor al cumplimiento, dejaría al acreedor sin una solución de cumplimiento de la prestación acordada. El Código Civil portugués de 1966 tiene una medida de coacción de carácter patrimonial y general denominada sanción pecuniaria compulsoria, aplicable en caso de incumplimiento de una decisión judicial. Las potencialidades de utilización de la sanción pecuniaria compulsoria en el Derecho del Trabajo y en el Derecho procesal del Trabajo son prácticamente inagotables, por la naturaleza *intuitu personae* de la relación laboral, siendo su aplicabilidad en Derecho procesal del Trabajo determinada por causa de la subsidiariedad existente entre el Derecho procesal Civil y el Derecho procesal del Trabajo. La plasticidad de la sanción pecuniaria compulsoria permite su utilización en todas las situaciones del proceso del trabajo, y existen crecientes referencias en la ley procesal del trabajo portuguesa a la sanción pecuniaria compulsoria, lo que deriva de una constante labor de la jurisprudencia portuguesa, así como del reconocimiento de la adecuación de la figura para lograr el cumplimiento voluntario de las decisiones judiciales.

Abstract: *In employment law, due to the nature intuitu personae of the employment relationship, the rule is the existence of non-fungible obligations that are established between employer and employee. Failure to comply with an obligation to provide non-fungible goods or services, in a legal framework, which does not allow the debtor's physical constraint from compliance, would leave the creditor without a solution for compliance with the agreed instalment. The Portuguese Civil Code provides a coercive measure of a patrimonial and general character called periodic penalty payment applicable in the event of non-compliance with a court decision. The potential for the use of the periodic penalty payment in employment Law and in Labour Procedure Law are endless due to the non-fungible obligations that are established between employer and employee, and its applicability in labour procedural law is determined by virtue of the existing subsidiarity between civil procedural law and procedural labour law. The plasticity of the periodic penalty payment allows its use in all situations of work process and there are increasing references in Portuguese labour procedural law to periodic penalty payment which results from a permanent work of Portuguese jurisprudence and the recognition of the adequacy of the figure for the achievement of voluntary compliance with judicial decisions.*

Palabras clave: Decisiones judiciales, Derecho procesal del Trabajo, Prestaciones no fungibles, Sanción pecuniaria compulsoria, Subsidiariedad.

Keywords: *Court decisions, Labour Procedure Law, Non-fungible obligations, Periodic penalty payment, Subsidiarity.*

* * *

I. LAS PRESTACIONES DE NATURALEZA NO FUNGIBLE EN EL DERECHO DEL TRABAJO

La obligación crea un vínculo jurídico entre las partes, en virtud del cual el deudor queda obligado a realizar la prestación en beneficio del acreedor. La prestación puede implicar la realización de una actividad con la entrega de una cosa. En el primer caso, tenemos una prestación de hacer, y en el segundo, una prestación de dar. Las prestaciones de hacer pueden ser fungibles o no fungibles. Son fungibles las prestaciones en que, ante el interés del acreedor, el deudor puede ser sustituido, y no fungibles las prestaciones en que el deudor sea insustituible. El carácter no fungible de la prestación deriva de la voluntad de las partes, siempre que las mismas acuerden que determinada prestación sólo puede ser realizada por determinado deudor. El carácter no fungible de la prestación resulta, además, de su propia naturaleza y siempre que la sustitución perjudique al acreedor¹.

En el Derecho del Trabajo, por la naturaleza *intuitu personae* de la relación laboral, la regla es la de la existencia de prestaciones no fungibles que se establecen entre empresario y trabajador. Estas prestaciones no fungibles también se dan en el Derecho colectivo del Trabajo. El Derecho del Trabajo es una rama del Derecho que se caracteriza por la existencia de prestaciones no fungibles. No existe, en el Derecho portugués, la posibilidad de coaccionar físicamente al deudor a cumplir la obligación a que se encontraba vinculado. Comprobándose el incumplimiento de la obligación de dar, el acreedor puede promover la aprehensión judicial del bien para que el mismo se le entregue.

Si el incumplimiento se refiere a una obligación de hacer materialmente fungible, el acreedor podrá implicar a un tercero, a costa del deudor incumplidor, para que realice la prestación. El incumplimiento de una obligación de hacer materialmente no fungible, en un marco jurídico que impide constreñir físicamente al deudor al cumplimiento, dejaría al acreedor sin una solución de cumplimiento de la prestación acordada. En estos casos, la única posibilidad sería desistir de la obligación celebrada, sustituyéndola por una solución de naturaleza compensatoria.

¹ Cfr. artículo 767, núm. 2, del Código Civil portugués.

II. LA NATURALEZA CIVIL DE LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA

Consciente de la limitación que el acreedor tenía para obtener la prestación, en caso de demora en el cumplimiento de una obligación de hacer no fungible, el legislador portugués desarrolló una medida de coacción de carácter patrimonial denominada sanción pecuniaria compulsoria. El ordenamiento jurídico portugués no tenía, hasta 1983, medidas compulsorias de coerción al cumplimiento de carácter general. La doctrina subrayó la laguna existente en el Derecho portugués y, en el ámbito de los estudios preparatorios para la creación de la figura de la sanción pecuniaria compulsoria, se desarrolló un estudio por Carlos Alberto da Mota Pinto y João Calvão da Silva. El trabajo de los referidos profesores sirvió de base a los trabajos preliminares de la que vino a ser la norma legal que creó la figura de la sanción pecuniaria compulsoria en el ordenamiento jurídico portugués².

La figura de la sanción pecuniaria compulsoria fue introducida en el ordenamiento jurídico portugués por el Decreto-ley núm. 262/83, de 16 junio. Esta norma añadió el artículo 829-A al Código Civil portugués de 1966, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 829-A

(Sanción pecuniaria compulsoria)

1 – En las obligaciones de prestación de hacer no fungible, positivo o negativo, salvo en las que exigen especiales cualidades científicas o artísticas del obligado, el tribunal debe, a requerimiento del acreedor, condenar al deudor al pago de una cuantía pecuniaria por cada día de retraso en el cumplimiento o por cada infracción, conforme sea más conveniente a las circunstancias del caso.

² Dicho trabajo se encuentra fechado en julio 1982, se denominó «Sanción pecuniaria compulsoria» y tiene dos partes. La primera parte contiene el estudio en el que se concluye acerca de la necesidad de introducir medidas coercitivas indirectas en el ordenamiento jurídico portugués. La segunda parte contiene una propuesta de articulado y su respectiva motivación, sirviendo de base a los trabajos preliminares de lo que se convertiría en la norma que instituye la figura de la sanción pecuniaria compulsoria en el ordenamiento jurídico portugués, esto es, el Decreto-ley núm. 262/83, de 16 junio.

2 – La sanción pecuniaria compulsoria prevista en el número anterior se fijará según criterios de razonabilidad, sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar.

3 – El importe de la sanción pecuniaria compulsoria se destina, en partes iguales, al acreedor y al Estado.

4 – Cuando fuese previsto, o determinado judicialmente, cualquier pago en dinero, automáticamente se deben intereses del 5% anual, desde la fecha en que la sentencia de condena vuelva al juzgado, los cuales acrecerán a los intereses moratorios, si estos también fueran debidos, o a la indemnización a que hubiere lugar.

En rigor, no debe hablarse de sanción pecuniaria compulsoria, sino de sanciones pecuniarias compulsorias, pues en el ordenamiento jurídico portugués existen varios regímenes jurídicos que concretan la coerción para el cumplimiento a través de la sanción pecuniaria compulsoria. Las sanciones pecuniarias compulsorias son medios dirigidos a constreñir indirectamente al cumplimiento de determinadas obligaciones de modo voluntario. En el Derecho portugués, las sanciones pecuniarias compulsorias aplicables en el ámbito del Derecho del Trabajo se encuentran previstas en el artículo 829-A del Código Civil, y se ejecutan ante obligaciones de hecho no fungibles, positivo o negativo, y ante obligaciones pecuniarias.

La ley desarrolla dos regímenes completamente distintos cuando, en el artículo 829-A del Código Civil portugués, procede a la regulación de la figura de la sanción pecuniaria compulsoria. En rigor, existen dos figuras dentro de la regulación legal del artículo 829-A del Código Civil portugués. Una sanción pecuniaria compulsoria judicial y una sanción pecuniaria compulsoria legal. Estas dos figuras no tienen vínculo entre sí, tienen diferentes presupuestos de aplicación y no resulta clarificadora su inclusión en el mismo precepto. La sanción pecuniaria judicial se decreta y se fija por el juez, a petición de la parte y comprobados los presupuestos legales, encontrándose prevista en los núms. 1, 2 y 3 del artículo 829-A del Código Civil portugués. La sanción pecuniaria compulsoria legal es aplicable por fuerza de la ley, de forma automática, y se encuentre prevista en el núm. 4 del artículo 829-A del Código Civil portugués³.

³ El Tribunal de la Relación de Guimarães, en Sentencia de 28 junio 2018 (proceso núm. 33350/11.7TJVNF-A.G1, ponente José Alberto MOREIRA DIAS, y disponible en <http://www.dgsi.pt>), concluye en el sentido de la separación de las dos figuras, al indicar que «es actualmente pacífico que las sanciones pecuniarias compulsorias a que se refieren los núms. 1 y 4 del mencionado artículo 829-A del Código Civil, tienen campos de aplicación distintos, así como modos de funcionamiento distintos».

III. LA APLICABILIDAD GENERAL DE LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Se comprueba una aplicabilidad general de la sanción pecuniaria compulsoria en el Derecho del Trabajo, que procede de la naturaleza *intuitu personae* de la relación laboral y de la relación de subsidiariedad del proceso del trabajo, en relación con el proceso civil. En efecto, la figura de la sanción pecuniaria compulsoria prevista en el Código Civil resulta directamente aplicable en el proceso civil. En el proceso civil declarativo, común o especial, la sanción pecuniaria compulsoria puede deducirse en la demanda inicial obrando en la petición inicial. El Código del Proceso Civil prevé, en el caso de que la sanción pecuniaria compulsoria no sea demandada en la petición inicial por el actor, que éste pueda, en cualquier momento, hasta la conclusión del debate en la primera instancia, reducir o ampliar la demanda, siempre que la ampliación sea desarrollo o consecuencia de la demanda primitiva⁴. El Código del Proceso Civil dispone, expresamente, que la deducción de la demanda de la sanción pecuniaria compulsoria se realiza «al amparo del núm. 1 del artículo 829-A del Código Civil»⁵. En caso de que la modificación de la demanda ocurra en la audiencia de juicio, la misma debe constar en la respectiva acta de la audiencia final⁶.

El Código del Proceso Civil no desarrolla en términos sustantivos la figura. El Código del Proceso Civil hace una recepción del régimen sustantivo de la figura de la sanción pecuniaria compulsoria, tal como se encuentra previsto en el Código Civil, en su artículo 829-A, núm. 1. Esta recepción integral del régimen de la sanción pecuniaria compulsoria por el Código del Proceso Civil se realiza en los términos de lo dispuesto en el núm. 4 del artículo 265 del Código del Proceso Civil, allí donde afirma que «la demanda de aplicación de sanción pecuniaria compulsoria, al amparo del núm. 1 del artículo 829-A del Código Civil, puede deducirse en los términos del núm. 2». Por su parte, el núm. 2 del artículo 265 del Código del Proceso Civil afirma que «el actor puede, en cualquier momento, reducir la demanda

⁴ Cfr. artículo 265, núm. 2, del Código del Proceso Civil.

⁵ *Ibidem*, núm. 4.

⁶ *Ibidem*, núm. 3.

y puede ampliarla hasta la finalización del debate en primera instancia, si la ampliación fuese el desarrollo o la consecuencia de la demanda primitiva».

Es significativo que la recepción directa de la figura del proceso civil se haga a través de la previsión de la demanda. La demanda es esencial en el proceso civil. El acto de «formular la demanda» es un requisito de la petición inicial en los términos de lo dispuesto en el artículo 552, núm. 2, letra e), del Código del Proceso Civil⁷. La demanda es el objeto del proceso y su límite, siendo nula la sentencia en la que el «juez condene a cantidad superior o con objeto diverso de la demanda»⁸. Siendo el principio dispositivo el principio dominante en el proceso civil, la formulación de la demanda constituye su corolario. La solución procesal civil se corresponde, con ligeras limitaciones derivadas de las especialidades resultantes de la naturaleza del proceso laboral, con la solución consagrada en el Código del Proceso del Trabajo. Este último permite al actor añadir nuevas demandas y causas de pedir en las situaciones expresamente previstas en su artículo 28. La ley prevé que «si hasta la audiencia de discusión y enjuiciamiento ocurrieran hechos que permitan al actor deducir contra el demandado nuevas demandas, puede añadirse a la petición inicial, siempre que a todas las demandas corresponda el mismo tipo de proceso»⁹. El núm. 3 del artículo 28 del Código del Proceso del Trabajo afirma que el actor también puede deducir contra el demandado nuevas demandas, «aunque estas demandas se refieran a hechos ocurridos antes de la proposición de la acción, siempre que se justifique su no inclusión en la petición inicial». En toda situación en que se admita una nueva demanda o una nueva causa de pedir, la ley impone que el demandado sea notificado para «contestar tanto a la materia de la adición como a su admisibilidad», en los términos del núm. 4 del artículo 28 del Código del Proceso del Trabajo.

Todo lo que antes se dijo sobre la consagración y régimen de la sanción pecuniaria compulsoria en el Derecho Civil portugués resulta de aplicación en el Derecho del Trabajo portugués, sobre todo en su vertiente adjetiva. El Código del Proceso del Trabajo, declara luego en su artículo primero que el proceso del trabajo se regula por esta norma¹⁰. Además, en

⁷ Si, en una acción, no se dedujera la demanda, o la misma fuera ininteligible, la demanda inicial no resulta admisible y el proceso es nulo [cfr. artículo 186, núm. 1 y núm. 2, letra a), del Código del Proceso Civil].

⁸ Cfr. artículo 615, núm. 1, letra e), del Código del Proceso Civil.

⁹ Cfr. artículo 28, núm. 2, del Código del Proceso del Trabajo.

¹⁰ Cfr. su núm. 1.

los casos no regulados debe recurrirse sucesivamente a los criterios a que alude el núm. 2 del artículo 1 del Código del Proceso del Trabajo. El primero de estos criterios previstos por la ley procesal del trabajo se refiere a que en los casos omitidos debe acudir a la legislación procesal común, civil o penal, que directamente los prevea¹¹. El Código del Proceso del Trabajo hace una remisión general a la legislación procesal común, como régimen aplicable a los casos omitidos. El régimen legal de la sanción pecuniaria compulsoria es un régimen, materialmente, procesal civil, y este régimen fue, formal y materialmente, recibido por el proceso civil portugués, en cuanto tal, encontrándose comprendido en la remisión operada por el núm. 2 del artículo 1 del Código del Proceso del Trabajo a la legislación procesal común civil.

IV. LAS REMISIONES INDIRECTAS DEL CÓDIGO DEL PROCESO DEL TRABAJO A LA FIGURA DE LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA

Por otro lado, existen situaciones en que el Código del Proceso del Trabajo remite a la aplicación subsidiaria de un régimen descrito en el Código del Proceso Civil que, a su vez, remite al régimen de la sanción pecuniaria compulsoria. Esto ocurre con las remisiones al régimen de los procedimientos cautelares y de la ejecución.

El Código del Proceso Civil, cuando trata del régimen del procedimiento cautelar común se refiere, a propósito de las providencias cautelares no especificadas, a que es «siempre admisible la fijación, en los términos de la ley civil, de la sanción pecuniaria compulsoria que se muestra adecuada para asegurar la efectividad de la providencia decretada»¹². La ley procesal civil remite a la sanción pecuniaria compulsoria prevista en la ley civil, operando, de este modo, la remisión al artículo 829-A, núms. 1 a 3, del Código Civil. Los procedimientos cautelares en el Derecho procesal del Trabajo, tengan naturaleza común o especial, remiten al régimen del procedimiento cautelar común previsto en la ley procesal civil, sin especialidades que cuestionen dicha remisión¹³. Consecuentemente, en el proceso del trabajo es siempre admisible la fijación de la sanción pecuniaria

¹¹ Cfr. artículo 1, núm. 2, letra a), del Código del Proceso del Trabajo.

¹² Cfr. artículo 365, núm. 2, del Código del Proceso Civil.

¹³ Cfr. artículo 32, núm. 1, y artículo 33 del Código del Proceso del Trabajo.

compulsoria que se muestre adecuada para asegurar la efectividad de la providencia decretada. La remisión al régimen procesal civil permite la utilización de la sanción pecuniaria compulsoria en los procesos cautelares, en el proceso del trabajo, sin ninguna restricción.

El Código del Proceso del Trabajo hace una remisión expresa a las reglas del proceso civil aplicables al proceso de ejecución. El artículo 98-A del Código del Proceso del Trabajo se refiere a que «en todo lo que no se encuentre especialmente regulado en el presente título, se aplican las reglas del Código del Proceso Civil relativas al proceso de ejecución». En el ámbito de las reglas que rigen el proceso de ejecución en el Código del Proceso Civil, el artículo 626 dice lo siguiente: «Si la ejecución tuviese por finalidad el pago de cuantía cierta y la entrega de cosa cierta o la prestación de hacer, pueden embargarse a continuación bienes suficientes para cubrir la cuantía derivada de la eventual conversión de estas ejecuciones, así como la destinada a la indemnización del ejecutante y al montante debido a título de sanción pecuniaria compulsoria».

En el proceso de ejecución se prevé la aplicación de una sanción pecuniaria compulsoria automática. Si no se encontrasen bienes embargables en el plazo de tres meses a contar desde la notificación por la secretaría del agente de ejecución de que debe iniciar las diligencias para el embargo, el núm. 1 del artículo 750 del Código del Proceso Civil se refiere a que el «agente de ejecución notifica al ejecutante para especificar cuáles son los bienes que pretende ver embargados en la ejecución; simultáneamente, se notifica al ejecutado para que indique bienes a embargar, con la conminación de que la omisión o la falsa declaración comporta su sujeción a sanción pecuniaria compulsoria, en cuantía de un 5% de la deuda al mes, con el límite mínimo global de 10 unidades de cuenta, de ocurrir ulterior renovación de la instancia ejecutiva, y para agotar la existencia de bienes embargables». Esta situación constituye una excepción a la regla de que la sanción pecuniaria compulsoria sólo puede aplicarse si la exige el acreedor.

V. LAS REMISIONES DIRECTAS DEL CÓDIGO DEL PROCESO DEL TRABAJO A LA FIGURA DE LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA

No obstante la aplicabilidad general de la sanción pecuniaria compulsoria al proceso del trabajo, existen situaciones en que la ley procesal del trabajo optó por remitir, expresamente, al régimen de la sanción pecuniaria compulsoria. En estas situaciones, el Código del Proceso del Trabajo realiza una referencia expresa a la figura de la sanción pecuniaria compulsoria cuyo régimen se encuentra consagrado en el Código Civil portugués. La ausencia de previsión en la ley laboral de un régimen propio de la sanción pecuniaria compulsoria impone que la remisión hecha por la ley laboral a esa figura se entienda como realizada al régimen consagrado en el artículo 829-A, núms. 1 a 3, del Código Civil. El elemento sistemático impone al intérprete que tenga en cuenta la unidad del sistema jurídico, lo que conduce necesariamente a esta conclusión.

La remisión a las normas del proceso civil permite una aplicación, integral y sin reservas, del régimen de la sanción pecuniaria compulsoria prevista en el artículo 829-A del Código Civil al proceso del trabajo. El legislador se refiere en el Código del Proceso del Trabajo a tres situaciones en que el actor puede exigir la aplicación de la sanción pecuniaria compulsoria. En las dos primeras de dichas situaciones, introducidas en el ordenamiento jurídico portugués en 2009, el legislador lo hace con finalidades didácticas, clarificando que la figura civil puede aplicarse en determinados casos concretos. En la tercera situación, introducida en el ordenamiento jurídico portugués en 2019, el legislador es profundamente innovador, y se aparta un poco del régimen previsto en el Código Civil.

La sanción pecuniaria compulsoria pasó a estar prevista cuando se produce una condena del empresario a la readmisión del trabajador en el ámbito de una acción de declaración de la ilicitud del despido, y en el proceso especial de impugnación de la confidencialidad de informaciones o de la negativa a su prestación o a la realización de consultas. Entendemos que, si el legislador omitiese la referencia expresa a la sanción pecuniaria compulsoria, en los dos citados regímenes procesales laborales en que lo hace, la posibilidad del recurso a esa figura sería aplicable en los mismos términos, por fuerza de la aplicación de las reglas generales.

A) LA CONDENA A LA READMISIÓN DEL TRABAJADOR

Una de las aplicaciones más significativas de la sanción pecuniaria compulsoria en el Derecho del Trabajo portugués ocurre cuando se produce un despido declarado ilícito por el tribunal, en acción ejercitada por el trabajador contra el empresario con dicha finalidad. Uno de los efectos de la declaración de ilicitud del despido es la condena del empresario a la readmisión del trabajador en el mismo centro de trabajo de la empresa, sin perjuicio de su categoría y antigüedad¹⁴. La readmisión del trabajador significa que el contrato de trabajo se mantiene entre el trabajador y el empresario en sus propios términos. Se produce una reconstitución *in natura*, y el despido ilícito no puede producir ningún efecto. En esta situación, una vez que se convierta en firme la sentencia de condena al empresario para que readmita al trabajador, sin que se produzca la readmisión, el trabajador puede requerir la aplicación de la sanción pecuniaria compulsoria al empresario hasta que la misma ocurra. En estas circunstancias, la aplicación de la sanción pecuniaria compulsoria al empresario se realiza en los términos previstos en el Código del Proceso Civil para la ejecución de prestaciones de hacer.

La sanción pecuniaria compulsoria puede solicitarse en la fase de la acción declarativa de condena o, si no se hubiese hecho en dicha fase, en fase ejecutiva. Cuando la sanción pecuniaria compulsoria se pide en la fase declarativa del proceso, la misma tiene naturaleza eventual. La sanción pecuniaria compulsoria opera si, simultáneamente, se cumplen dos condiciones sucesivas: la condena del empresario a la readmisión del trabajador y el incumplimiento del empresario de la decisión judicial condenatoria de readmisión. Por otro lado, cuando la sanción pecuniaria compulsoria se pide en el proceso ejecutivo, la misma es inmediatamente aplicable, y puede requerirse con independencia de haber sido o no pedida en la fase declarativa.

El Tribunal de la Relación de Oporto¹⁵ decidió en 2011 que «ordenada la readmisión, compete al empresario convocar al trabajador para reiniciar el ejercicio de sus funciones, bajo pena de aplicársele sanción

¹⁴ Cfr. artículo 389, núm. 1, letra b), del Código del Trabajo. El Código del Trabajo portugués prevé, en sus artículos 391 y 392, la posibilidad de que, cumplidos determinados presupuestos, exista una indemnización en sustitución de la readmisión, respectivamente a petición del trabajador o del empresario. Además, la regla general es la de la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo en caso de despido ilícito.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de la Relación de Oporto de 7 febrero 2011 (proceso 820.03.4TTBRG-J.P1, ponente Manuel Joaquim FERREIRA DA COSTA).

pecuniaria compulsoria, por incumplimiento de prestación de hacer no fungible, en la que el empresario no puede ser sustituido por otro, dado el carácter *intuitu personae* de la relación laboral». Antes de la previsión legal, ésta era una interpretación defendida en algunas decisiones. El Tribunal de la Relación de Lisboa¹⁶, «viendo en la readmisión una obligación esencialmente no fungible», entendió que el trabajador «está legitimado para, él solo, pedir la condena de la demandada a sanción pecuniaria compulsoria».

B) LA IMPUGNACIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD DE INFORMACIONES, O DE LA NEGATIVA A SU PRESTACIÓN O DE LA REALIZACIÓN DE CONSULTAS

El Código del Trabajo prevé un deber de confidencialidad que recaer sobre el miembro de la estructura de la representación colectiva de los trabajadores. La ley se refiere a que el elemento de la estructura de la representación colectiva de los trabajadores «no puede revelar a los trabajadores o a terceros informaciones que haya recibido, en el ámbito del derecho de información o consulta, con mención expresa de la respectiva confidencialidad»¹⁷. No obstante el deber especial de confidencialidad previsto, la ley se refiere a que «el empresario no está obligado a prestar informaciones o a proceder a consultas cuya naturaleza sea susceptible de perjudicar o afectar gravemente el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo»¹⁸. La ley sustantiva se refiere a que la «calificación de la información como confidencial, la no prestación de información o la no realización de consulta debe fundamentarse por escrito, con base en criterios objetivos, basados en exigencia de gestión»¹⁹.

El Código del Trabajo permite que la estructura de la representación colectiva de los trabajadores impugne judicialmente la «calificación como confidencial de la información prestada, la negativa a prestar información o la no realización de la consulta»²⁰. Esta impugnación

¹⁶ Sentencia del Tribunal de la Relación de Lisboa de 31 mayo 1995 (proceso 0094084, ponente Carlos HORTA).

¹⁷ Cfr. artículo 417, núm. 1, del Código del Trabajo.

¹⁸ Cfr. artículo 412, núm. 3, del Código del Trabajo.

¹⁹ Cfr. artículo 413, núm. 1, del Código del Trabajo.

²⁰ *Ibidem*, núm. 2.

judicial deberá realizarse en los términos previstos en el Código del Proceso del Trabajo²¹. Cuando el Código del Trabajo introdujo estas normas, el Código del Proceso del Trabajo no preveía el proceso especial al que se remitía el artículo 413, núm. 2, del Código del Trabajo. El proceso especial de impugnación de la confidencialidad de informaciones, o de la negativa a su prestación o de la realización de las consultas, se introdujo por el Decreto-ley núm. 295/2009, de 13 octubre, que modificó el Código del Proceso del Trabajo portugués²².

Este proceso fue «creado como garantía del funcionamiento normal del deber de reserva y confidencialidad de los miembros de las estructuras de la representación colectiva de los trabajadores, respecto de informaciones que les hayan sido comunicadas por el empresario, así como de la posibilidad de negativa a la prestación de informaciones por el empresario». El Código del Proceso del Trabajo pasó a prever que la decisión de condena determina qué informaciones deben prestarse y el plazo para su prestación, así como la posibilidad de aplicación de una sanción pecuniaria compulsoria a requerimiento del actor, para asegurar el cumplimiento de dicha obligación²³.

C) LA ACCIÓN ESPECIAL PARA LA TUTELA DE LA PERSONALIDAD DEL TRABAJADOR

La tercera remisión prevista en el Código del Proceso del Trabajo al régimen de la sanción pecuniaria compulsoria se realiza en el ámbito de la acción especial para la tutela de la personalidad del trabajador. El Código del Trabajo contiene una subsección dedicada a los derechos de personalidad del trabajador. En los artículos 14 y ss. del Código del Trabajo se enumera un conjunto de derechos de personalidad específicos en el área del trabajo. La libertad de expresión y de divulgación del pensamiento y opinión en el ámbito de la empresa²⁴, la integridad física y moral²⁵, el derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada²⁶, el derecho a la

²¹ *Ibidem*.

²² Cfr. artículo 186-A del Código del Proceso del Trabajo.

²³ Cfr. artículo 186-C del Código del Proceso del Trabajo.

²⁴ Cfr. artículo 14.

²⁵ Cfr. artículo 15.

²⁶ Cfr. artículo 16.

protección de datos personales²⁷, el derecho a la protección de los datos biométricos²⁸, pruebas y exámenes médicos²⁹, medios de vigilancia a distancia³⁰, utilización de medios de vigilancia a distancia³¹ y la confidencialidad de mensajes y de acceso a la información³².

La acción especial para la tutela de la personalidad del trabajador procura «evitar la consumación de toda violación de los derechos de personalidad del trabajador o atenuar los efectos de la ofensa ya ocurrida»³³. En esta acción, la demanda «se formula contra el actor de la amenaza u ofensa e, igualmente, contra el empresario»³⁴. La Ley núm. 107/2019, de 9 septiembre, que modificó el Código del Proceso del Trabajo, adecuándolo al Código del Proceso Civil, introdujo la referencia a la sanción pecuniaria compulsoria en esta acción, siempre que la demanda sea considerada pertinente. El núm. 4 del artículo 186-E del Código del Trabajo indica que, cuando la demanda sea considerada procedente, «el tribunal determina el comportamiento concreto a que el requerido queda sujeto y, en su caso, el plazo para el cumplimiento, así como la sanción pecuniaria compulsoria por cada día de retraso en el cumplimiento o por cada infracción, según sea más conveniente a las circunstancias del caso».

Al contrario de lo que sucede en la ley civil, en el ámbito de la tutela de la personalidad en el proceso de trabajo, es el propio tribunal quien determina la aplicabilidad de la sanción pecuniaria compulsoria, sin necesidad de requerimiento de la parte. El legislador refuerza la referencia a la figura de la sanción pecuniaria compulsoria en la fase ejecutiva de este mismo proceso de tutela de la personalidad del trabajador. El Código del Proceso del Trabajo afirma que «la ejecución se efectúa de oficio y en los propios autos, siempre que la medida ejecutiva integre la realización de la providencia decretada, y se acompañe de inmediata liquidación de la sanción pecuniaria compulsoria»³⁵.

²⁷ Cfr. artículo 17.

²⁸ Cfr. artículo 18.

²⁹ Cfr. artículo 19.

³⁰ Cfr. artículo 20.

³¹ Cfr. artículo 21.

³² Cfr. artículo 22.

³³ Cfr. artículo 186-D del Código del Trabajo.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Cfr. artículo 186-F, núm. 3, del Código del Trabajo.

VI. LOS PRESUPUESTOS DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA

A) INICIATIVA PROCESAL

El incumplimiento de una obligación de hecho no fungible por el deudor, siempre que haya sido condenado a cumplir la prestación, constituye un comportamiento que perjudica al acreedor y que representa una falta de respeto ante el Tribunal que dictó la decisión y, de forma más amplia, para todo el ordenamiento jurídico. En el ámbito de la sanción pecuniaria compulsoria judicial, la iniciativa procesal para suscitar su aplicación pertenece al acreedor. Es el acreedor quien, siendo parte interesada, tiene que requerir la aplicación de esta figura. El artículo 829-A. núm. 1, del Código Civil afirma que «el tribunal debe, a requerimiento del acreedor, condenar al deudor al pago de una cuantía pecuniaria por cada día de retraso en el incumplimiento o por cada infracción, según sea más conveniente a las circunstancias del caso».

Aunque, en el caso de la sanción pecuniaria legal, su aplicación sea automática, en los términos indicados en el artículo 829-A, núm. 4, del Código Civil, se impone al acreedor que lo solicite en la acción ejecutiva. Se trata de una consecuencia del principio dispositivo. La diferencia está en que en la sanción pecuniaria compulsoria judicial existe una apreciación judicial en cuanto a la viabilidad de su aplicación, mientras que, en la sanción pecuniaria legal, su aplicación depende sólo de su invocación por el acreedor. El momento a partir del cual se considera aplicable la sanción pecuniaria compulsoria, es muy relevante para la determinación de sus efectos.

En el caso de la sanción pecuniaria compulsoria legal, la misma se debe a partir de la firmeza de la sentencia que ordenó el cumplimiento de la obligación. En el caso de la sanción pecuniaria compulsoria judicial, la misma se debe a partir del momento en que el tribunal definió como fecha límite para el cumplimiento o, en ausencia de indicación por parte del tribunal, a partir de la firmeza de la sentencia que ordenó el cumplimiento de la obligación. El momento a partir del cual la sanción pecuniaria compulsoria se debe por el deudor, se fija por el juez en el ámbito del poder

atribuido por la ley. Así, le compete al juez fijar la fecha a partir de la cual se inicia la aplicación de la sanción pecuniaria compulsoria judicial.

B) ELEMENTO TEMPORAL

La ley establece una dimensión de la aplicación de la sanción pecuniaria compulsoria en función de un elemento temporal, esto es, el día. El artículo 829-A, núm. 1, del Código Civil se refiere a que el deudor a quien se aplique la sanción pecuniaria compulsoria, queda obligado al pago de «una cuantía pecuniaria por cada día de retraso en el cumplimiento o por cada infracción, según sea más conveniente a las circunstancias del caso». El tribunal decide, en el caso concreto y según criterios de razonabilidad, si la sanción pecuniaria compulsoria se aplica de modo escalonado, por cada día de retraso en el cumplimiento, o global, por cada infracción.

La presión psicológica al pago se alcanza si el deudor sabe que la sanción pecuniaria compulsoria aumenta en proporción directa a su resistencia al cumplimiento de la obligación a la que se encuentra vinculado. Hay una amenaza de aumento constante de la cuantía de la condena. La ley señala que la aplicación de la sanción pecuniaria compulsoria se debe por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación, y otorga amplitud de fijación de su cuantía al juez, aunque no nos parece que el tribunal pueda utilizar libremente cualquier otra unidad de tiempo.

Aunque se presente como posible, en función del caso concreto, establecer que la sanción pecuniaria compulsoria se fije en días, semanas, quincenas o meses, sí parece imposible la aplicación de unidades de tiempo inferiores a un día o superiores a un año. Se admite que, más allá de la fijación en días, la sanción pecuniaria compulsoria pueda fijarse en semanas, quincenas o meses que son múltiplos de la unidad patrón, siempre que dichos retrasos no generen un incumplimiento definitivo. Por su propia naturaleza, la fijación de cualquier sanción pecuniaria compulsoria tiene carácter temporal, en la medida en que el retraso prolongado dará lugar inevitablemente a un incumplimiento definitivo.

C) DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

Uno de los temas más relevantes de esta materia es saber cómo fija el juez la cuantía de la sanción pecuniaria compulsoria en cada situación. En el Derecho Civil portugués, la respuesta a esta cuestión se encuentra en el artículo 829-A, núm. 2, del Código Civil. Dicho precepto indica que la sanción pecuniaria compulsoria «será fijada según criterios de razonabilidad, sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar»³⁶. El juez goza de una amplia autonomía en la fijación de la cuantía de la sanción pecuniaria compulsoria. El juez debe determinar la cuantía de la sanción en función de su aptitud para asegurar, en el caso concreto, el cumplimiento de la sentencia de condena y la obligación a que el deudor se encuentra vinculado.

La ley no establece límites mínimos o máximos para la cuantía de la sanción a aplicar, ni criterios a seguir más allá de los criterios de razonabilidad mencionados en el artículo 829-A, núm. 2, del Código Civil, lo que deja al juez un amplio margen de determinación de la sanción a aplicar. Se confía en que, en el uso de los criterios de razonabilidad, el juez tenga el sentido de fijar la cuantía adecuada y equilibrada de la sanción pecuniaria compulsoria, con el fin de que la misma resulte efectiva en la situación en presencia. Una cifra que no sea excesiva ni insuficiente, y que se revele ideal en el caso concreto.

Las reglas de experiencia común, y el conocimiento de los hechos relevantes del proceso, son las fuentes a donde el juez irá para aplicar los criterios de razonabilidad y fijar, en la situación concreta, el *quantum* de la sanción pecuniaria compulsoria. El tipo de prestación, la relevancia de la prestación para el acreedor, la capacidad financiera del deudor, su capacidad de resistencia y las ventajas patrimoniales que se deriven del incumplimiento de la prestación a que se encuentra vinculado, son elementos a tomar en consideración en la fijación de la sanción pecuniaria compulsoria. En el caso de la sanción pecuniaria compulsoria legal, la cifra se define por ley, en cuantía correspondiente a un 5% sobre el valor de la deuda.

³⁶ En la previsión de la sanción pecuniaria compulsoria del Derecho Administrativo, se determinó en 2002 que la fijación de la cuantía de la sanción pecuniaria compulsoria también siguiese criterios de razonabilidad (cfr. artículo 169, núm. 2, del Código del Procedimiento de los Tribunales Administrativos). El legislador mantiene la opción por los «criterios de razonabilidad» que introdujo en 1983 en el artículo 829-A del Código Civil, a través del Decreto-ley núm. 262/83, de 16 junio.

D) BENEFICIARIO DE LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA

El Código Civil portugués fue innovador al determinar el beneficiario de la sanción pecuniaria compulsoria. La cuantía debida a título de sanción pecuniaria compulsoria judicial debe dividirse en partes iguales, atribuyéndose la mitad para el acreedor y otro tanto para el Estado. El artículo 829-A, núm. 3, del Código Civil, afirma que «la cuantía de la sanción pecuniaria compulsoria se destina, en partes iguales, al acreedor y al Estado». La solución adoptada en el Derecho portugués no tiene paralelo en el Derecho comparado. La solución en vigor en Francia (*astreintes*) va en el sentido de atribuir al acreedor la cuantía íntegra de la sanción pecuniaria compulsoria. Opción distinta se siguió en Alemania y en Austria, donde la cuantía de la sanción pecuniaria compulsoria revierte al Estado. En los países de matriz anglosajona, la figura del *contempt of court* tiene una doble vertiente. Por un lado, se dirige a proteger la dignidad y el prestigio de los tribunales, reaccionando contra la falta de respeto hacia sus decisiones. Por otro lado, también protege el interés de la parte perjudicada con el incumplimiento de la obligación, procurando obtener el cumplimiento de las decisiones judiciales. El legislador portugués, siendo conocedor de las soluciones en vigor en el Derecho comparado, optó por una solución mixta o intermedia.

VII. LA PLASTICIDAD PROCESAL DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS COMPULSORIAS

La impugnación de las sanciones pecuniarias compulsorias integra la dinámica procesal que permite el ejercicio de la contradicción. En esta dinámica procesal, que cubre la aplicación de la sanción pecuniaria compulsoria judicial y legal, la subsidiariedad del Derecho procesal civil con respecto al proceso del trabajo desempeña un papel central. La subsidiariedad se deriva del artículo 1, núm. 2, letra a), del Código del Proceso del Trabajo, que se refiere a que en los casos que se encontrasen omitidos en el Código del Proceso del Trabajo se tiene que acudir a la «legislación procesal común, civil o penal, que directamente los prevea».

En toda la materia relativa a la impugnación de la sanción pecuniaria compulsoria resulta subsidiariamente aplicable el proceso civil. En el proceso civil y en el proceso del trabajo, en la petición inicial, que es el articulado en el que el actor de la acción formula la pretensión de tutela jurisdiccional que pretende obtener, puede deducirse la petición de aplicación de la sanción pecuniaria compulsoria³⁷. En la medida en que el mecanismo de la sanción pecuniaria compulsoria puede integrar cualquier petición inicial, la reacción del demandado se realizará en los términos y plazos de cada proceso.

El demandado llamado a juicio para defenderse responde, a través de la contestación, a la petición presentada por el actor. La opción del legislador portugués no fue la de crear un procedimiento propio, sino la de integrar la sanción pecuniaria compulsoria judicial en todo proceso en que se hayan cumplido los presupuestos de su utilización. Esta plasticidad de la sanción pecuniaria compulsoria permite aplicarla al proceso de trabajo de naturaleza declarativa, ya sea común o especial³⁸.

VIII. LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA EN LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES Y EN LOS RECURSOS

Las providencias cautelares son instrumentos para obtener la tutela efectiva, y en tiempo útil, del derecho que se pretende defender ante el tribunal, encontrándose constitucionalmente consagradas³⁹. Los procedimientos cautelares se orientan a «afianzar el efecto útil de la acción»⁴⁰. En el proceso del trabajo, al procedimiento cautelar común y a los procedimientos cautelares específicos, se les aplica el régimen establecido en el Código del Proceso Civil para el procedimiento cautelar común, incluyendo lo que se refiere a la inversión del contencioso⁴¹. El

³⁷ Cfr. artículo 265, núm. 4, del Código del Proceso Civil.

³⁸ Siempre se dirá que, en el ámbito del Derecho del Trabajo, no se vislumbran acciones en que la sanción pecuniaria compulsoria no se aplique, señaladamente las acciones derivadas del contrato de trabajo, las acciones derivadas de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional, o acciones derivadas de despido colectivo.

³⁹ Cfr. artículo 20, núm. 5, de la Constitución de la República Portuguesa.

⁴⁰ Cfr. artículo 2, núm. 2, del Código del Proceso Civil.

⁴¹ Cfr. artículo 32, núm. 1, y artículo 33, núm. 2, del Código del Proceso del Trabajo. La figura de la inversión del contencioso, prevista en el artículo 369, núm.1, del Código del Proceso Civil, permite que a través de requerimiento, el juez, en la decisión en

régimen de inversión del contencioso no es, sin embargo, aplicable a la providencia cautelar de suspensión del despido cuando se requiera la impugnación de la regularidad y licitud del despido⁴². En los procedimientos cautelares en el proceso del trabajo, es siempre admisible la fijación, en los términos de lo dispuesto en el artículo 829-A, núm. 1, del Código Civil, de la sanción pecuniaria compulsoria que se muestre adecuada para asegurar la efectividad de la medida que fuese decretada⁴³.

La determinación y aplicación de la sanción pecuniaria compulsoria judicial se realiza en la sentencia⁴⁴. Las decisiones judiciales pueden impugnarse por medio de recurso⁴⁵, siempre que no sean firmes⁴⁶. El recurso es un medio que se orienta a una nueva valoración de la decisión por parte de un tribunal superior. El recurso realiza el reexamen de la materia objeto de la primera apreciación, y no el enjuiciamiento de cuestiones nuevas. En el proceso de trabajo, los presupuestos para interponer un recurso no son tan exigentes como en el proceso civil. El Código del Proceso del Trabajo se refiere a lo siguiente: «con independencia del valor de lo litigado y del vencimiento, se admite siempre el recurso ante la Relación»⁴⁷, que en Portugal es un tribunal de segunda instancia, en los siguientes procesos: a) en las acciones en que se discuta la determinación de la categoría profesional, el despido del trabajador por iniciativa del empresario, con independencia de su modalidad, la readmisión del trabajador en la empresa y la validez o subsistencia del contrato de trabajo⁴⁸; b) en los procesos derivados de accidente de trabajo o de enfermedad profesional⁴⁹; y c) en los procesos del contencioso de las instituciones de previsión y de prestaciones familiares, de las asociaciones sindicales, de las asociaciones de empresarios y de las comisiones de trabajadores⁵⁰

que decreta la medida, pueda dispensar al requirente de la carga de proposición de la acción principal, si la materia adquirida en el procedimiento le permite formar convicción segura acerca de la existencia del derecho afianzado, y si la naturaleza de la medida decretada fuese adecuada para realizar la composición definitiva del litigio.

⁴² Cfr. artículo 33, núm. 3, del Código del Proceso del Trabajo.

⁴³ Cfr. artículo 365, núm. 2, del Código del Proceso Civil, aplicable *ex vi* artículo 32, núm. 1, del Código del Proceso del Trabajo.

⁴⁴ Cfr. artículo 829-A, núm. 1, del Código Civil.

⁴⁵ Cfr. artículo 627, núm. 1, del Código del Proceso Civil.

⁴⁶ Cfr. artículo 628 del Código del Proceso Civil.

⁴⁷ Cfr. artículo 79 del Código del Proceso del Trabajo.

⁴⁸ Cfr. artículo 79, letra a), del Código del Proceso del Trabajo.

⁴⁹ *Ibidem*, letra b).

⁵⁰ *Ibidem*, letra c).

Es siempre admisible el recurso, también en los siguientes procesos: a) en los procedimientos cautelares específicos de suspensión de despido, cabe siempre recurso de apelación ante el Tribunal de la Relación competente⁵¹; b) en las acciones de anulación e interpretación de cláusulas de convenios colectivos de trabajo, frente a la decisión final cabe siempre recurso hasta el Supremo Tribunal de Justicia⁵²; y c) en las acciones de reconocimiento de la existencia de contrato de trabajo, siempre es admisible el recurso de apelación ante el Tribunal de la Relación, con efecto meramente devolutivo⁵³. Además, cabe recurso de apelación frente a las decisiones de los tribunales de primera instancia relativas a la admisión o rechazo de algún medio de prueba que pueda referirse a la defensa, en relación con un requerimiento de aplicación de sanción pecuniaria compulsoria⁵⁴. Esta posibilidad generalizada de recurso ante las instancias superiores constituye un medio de defensa del deudor muy importante en el Derecho procesal del Trabajo, y constituye una forma de defensa respecto de la aplicación de la sanción pecuniaria compulsoria.

IX. LA SANCIÓN PECUNIARIA COMPULSORIA EN EL PROCESO EJECUTIVO

El tribunal, por medio de la sentencia que dicta, condena al deudor al pago de una cuantía pecuniaria por cada día de retraso en el cumplimiento o por cada infracción⁵⁵. En caso de que el deudor, después de la condena judicial, prosiga con su incumplimiento, el acreedor puede recurrir a la acción ejecutiva. La ejecución de la decisión judicial condenatoria se inicia por medio de requerimiento ejecutivo⁵⁶. Si la ejecución tuviese por finalidad la prestación de hacer por un deudor que estaba obligado a realizarla, y no cumplió, el acreedor puede requerir el pago de la cuantía debida a título de sanción pecuniaria compulsoria a que el deudor ya haya sido condenado, o cuya fijación pretenda obtener el acreedor en el proceso ejecutivo⁵⁷. Lo que acaba de exponerse resulta de aplicación integral en el proceso del trabajo,

⁵¹ Cfr. artículo 40, núm. 1, del Código del Proceso del Trabajo.

⁵² Cfr. artículo 185, núm. 2, del Código del Proceso del Trabajo.

⁵³ Cfr. artículo 186-P del Código del Proceso del Trabajo.

⁵⁴ Cfr. artículo 79-A, núm. 2, letra d), del Código del Proceso del Trabajo.

⁵⁵ Cfr. artículo 829-A, núm. 1, del Código Civil.

⁵⁶ Cfr. artículo 626, núm. 1, del Código del Proceso Civil.

⁵⁷ Cfr. artículo 868, núm. 1, del Código del Proceso Civil.

por fuerza de la norma de remisión obrante en el artículo 98-A del Código del Proceso del Trabajo. Se trata de una norma de remisión general a las reglas del proceso civil, en todo lo que no se encuentre especialmente regulado en el proceso de ejecución del trabajo.

La sanción pecuniaria compulsoria legal se ejecuta de forma diferente de la sanción pecuniaria compulsoria judicial, porque su naturaleza es totalmente diferente. La sanción pecuniaria compulsoria legal es una medida de coerción que se destina a compeler al deudor de obligaciones pecuniarias a cumplir. La sanción pecuniaria compulsoria prevista en el núm. 4 del artículo 829-A del Código Civil deriva de la ley, y no requiere de ninguna concreción. La ley establece que en las obligaciones de naturaleza pecuniaria se deben automáticamente intereses en cuantía del 5% anual, desde la fecha en que la sentencia de condena es firme. Como consecuencia de la firmeza, la cuantía de la sanción pecuniaria compulsoria resulta determinable por mera operación matemática, sin necesidad de ninguna intervención judicial.

Se trata de una solución diferente de la prevista en la figura de la sanción pecuniaria compulsoria judicial, que requiere de la intervención judicial para la determinación del importe de la sanción pecuniaria compulsoria. La diferente naturaleza de las dos sanciones pecuniarias compulsorias, la judicial y la legal, justifica la diferencia de régimen de ejecución. Mientras que la sanción pecuniaria compulsoria judicial se ejecuta en el ámbito del proceso de ejecución relativo a la prestación de hacer⁵⁸, la sanción pecuniaria compulsoria legal se ejecuta en el ámbito del proceso de ejecución relativo al pago de cantidad cierta⁵⁹. Sólo los títulos respecto de los cuales conste una obligación pecuniaria pueden dar lugar a proceso ejecutivo relativo al pago de cuantía cierta. Mientras que la sanción pecuniaria compulsoria judicial siempre tiene su base en una sentencia de condena, la sanción pecuniaria compulsoria legal puede tener su base en cualquier título que contenga una obligación pecuniaria.

X. CONCLUSIONES

⁵⁸ Cfr. artículo 868 y ss. del Código del Proceso Civil.

⁵⁹ Cfr. artículo 716, núm. 3, del Código del Proceso Civil.

En el ámbito del análisis de la sanción pecuniaria compulsoria en el Derecho procesal del Trabajo portugués, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.- La consagración de la sanción pecuniaria compulsoria se orienta a garantizar el cumplimiento voluntario de las decisiones judiciales y, por medio de ellas, el respeto por la justicia y la dignificación de la actividad judicial, que se obtiene siempre que una decisión resulta cumplida en su integridad. Este fue uno de los objetivos asumidos por el legislador con la consagración de la figura. En el preámbulo del Decreto-ley núm. 262/83, de 16 junio, dicho objetivo se encuentra proclamado en los siguientes términos: «la sanción pecuniaria compulsoria satisface, en suma, una doble finalidad de moralidad y de eficacia, pues con ella se refuerza la soberanía de los tribunales, el respeto por sus decisiones y el prestigio de la justicia, al tiempo que se favorece la ejecución específica de las obligaciones de prestación de hacer o de abstención no fungibles». Desde esta perspectiva, la sanción pecuniaria compulsoria se aproxima a la figura anglosajona del *contempt of court*;

2.- Las potencialidades de utilización de la sanción pecuniaria compulsoria en el Derecho del Trabajo y en el Derecho procesal del Trabajo son prácticamente inagotables, por la naturaleza *intuitu personae* de la relación laboral, siendo su aplicabilidad en Derecho procesal del Trabajo determinada por causa de la subsidiariedad existente entre el Derecho procesal Civil y el Derecho procesal del Trabajo. La sanción pecuniaria compulsoria puede utilizarse de forma ilimitada en todas las situaciones procesales laborales donde exista una obligación no fungible;

3.- La sanción pecuniaria compulsoria tiene un valor pecuniario de cuantía variable. El legislador optó por no contemplar cifras o límites en la ley que pudieran condicionar la actuación de los tribunales, reducir la flexibilidad de la figura y, en consecuencia, tener un efecto negativo en su utilización. La ley establece que el juez obedece a criterios de razonabilidad, referidos en el artículo 829-A, núm. 2, del Código Civil, lo que deja un amplio margen de determinación de la sanción a aplicar por el juez. Este mismo precepto contiene un concepto discrecional que se concreta cada vez que el juzgador fija la aplicación de la sanción pecuniaria compulsoria.

4.- La plasticidad de la sanción pecuniaria compulsoria permite su utilización en todas las situaciones del proceso del trabajo, y existen

crecientes referencias en la ley procesal del trabajo portuguesa a la sanción pecuniaria compulsoria, lo que deriva de una constante labor de la jurisprudencia portuguesa, así como del reconocimiento de la adecuación de la figura para lograr el cumplimiento voluntario de las decisiones judiciales.

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL EMPLEO EN AUSTRIA*

[SEX DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT IN AUSTRIA]

Günther Löschnigg y Nora Melzer-Azodanloo

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2019

Fecha de aceptación: 21 de marzo de 2019

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. EVOLUCIÓN DEL TRATO IGUAL DE MUJERES Y HOMBRES QUE TRABAJAN EN AUSTRIA.- 1. Condiciones marco políticas.- 2. Promulgación de la Ley de trato igual de 1979.- 3. Novedades relativas al ingreso de Austria en la CE, en 1994.- 4. Igualdad no sólo entre hombres y mujeres.- 5. Más igualdad pura: la promoción de las mujeres.- III. OTROS DESARROLLOS DEL CONCEPTO «DISCRIMINACIÓN», ASÍ COMO DEL DE «SEXO».- 1. Tener en cuenta la situación familiar y los hijos.- 2. Acoso sexual ≠ acoso por razón de sexo.- 3.- Ridiculizar a personas relacionadas con el trabajador/la trabajadora.- IV. CONSECUENCIAS DE LA CREACIÓN DE UNA ADICIONAL/TERCERA CATEGORÍA DE SEXO.- 1. Mandato de trato igual en todas las fases de la relación laboral.- 2. Discriminación positiva.- 3. Ofertas de empleo neutrales en cuanto al sexo.- 4. Prevención técnica de los riesgos de los trabajadores y trabajadoras y protección en la utilización.- V. BRECHA SALARIAL ESPECÍFICA POR SEXO (*GENDER PAY GAP*).- VI. PANORÁMICA.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. EVOLUTION OF THE EQUAL TREATMENT OF WORKING WOMEN AND MEN IN AUSTRIA.- 1. Political framework conditions.- 2. Enactment of the Equal Treatment Act of 1979.- 3. Changes regarding Austria's adhesion to EC in 1994.- 4. Equality not only between men and women.- 5. More pure equality: the promotion of women.- III. OTHER DEVELOPMENTS OF THE CONCEPT «DISCRIMINATION», AS WELL AS THAT OF «SEX».- 1. To take into account the family situation and the children.- 2.

* Traducción al castellano, desde el alemán original, de Alberto Arufe Varela.
ACDCT, VOL. XI (2019), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 73-88

Sexual harassment ≠ harassment on the ground of sex.- 3.- To ridicule people related to the worker.- IV. CONSEQUENCES OF THE CREATION OF AN ADDITIONAL/THIRD CATEGORY OF SEX.- 1. Mandate of equal treatment in all phases of the labor relationship.- 2. Affirmative action.- 3. Neutral job offers regarding sex.- 4. Occupational safety and health and protection of the using.- V. SPECIFIC WAGE GAP ON THE GROUND OF SEX (GENDER PAY GAP).- VI. PANORAMA.

Resumen: Este trabajo estudia la evolución del trato igual de mujeres y hombres en el trabajo en Austria, remontándose a 1919. Presta especial atención al fenómeno del impacto de la creación de una adicional/tercera categoría de sexo en las distintas leyes austríacas. Concluye que debe incrementarse la sensibilidad en relación con el trato desigual por razón de sexo por parte de todos los afectados.

Abstract: This paper studies the evolution of the equal treatment of women and men at work in Austria, dating back to 1919. It pays special attention to the phenomenon of the impact of the creation of an additional/third category of sex in the several Austrian statutes. It concludes that sensibility should be increased concerning the unequal treatment on the ground of sex by all those involved.

Palabras clave: Acoso sexual en el trabajo, Austria, Brecha salarial por razón de sexo, Discriminación positiva, Trato igual

Keywords: Sexual harassment at work, Austria, Gender pay gap, Affirmative action, Equal treatment

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de trato igual, nos referimos en principio a dos fenómenos diferentes. La cuestión relativa al trato igual de los iguales y la cuestión relativa al trato igual de los desiguales. En el ámbito de la problemática relativa al género, partimos de la desigualdad, pero examinamos en un segundo momento lo que es igual en los desiguales y si esta igualdad en los desiguales precisa de un trato igual.

Lo que debe y puede considerarse igual y desigual es una cuestión de valores sociales y políticos, y es, en consecuencia, relativa o —expresado en positivo— dinámica, flexible, etc. Actualmente, tenemos a nivel europeo —acuñado por las correspondientes normas jurídicas de la UE— un Derecho sobre trato igual o antidiscriminatorio que está muy fuertemente marcado por específicas circunstancias discriminatorias. Sexo, edad, religión, ideología, discapacidad y origen étnico son las circunstancias protegidas esenciales. Otras características (obesidad, pelo rojo) o actividades (trabajo a tiempo parcial, pertenencia al comité de empresa) experimentan igualmente protección; pero se organiza de otro modo. Al menos en Austria, no se ha creado de momento una prohibición general de la discriminación o un Derecho discriminatorio general, que haga por completo inadmisibles las diferencias inapropiadas de cualquier tipo. Y de ahí que ciertos instrumentos jurídicos ensayados durante un siglo, como, por ejemplo, el principio general de trato igual, ofrezcan sólo parcialmente una protección adecuada.

II. EVOLUCIÓN DEL TRATO IGUAL DE MUJERES Y HOMBRES QUE TRABAJAN EN AUSTRIA

1. Condiciones marco políticas

Hace casi 100 años, el 16 febrero 1919, en las elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente, pudieron presentarse mujeres por vez primera en Austria, y resultar elegidas. Pero sobre todo, a partir de entonces, tenían derecho a votar —con independencia de su patrimonio o rendimiento

fiscal¹. Igualmente se promulgó hace 100 años la Ley de comités de empresa, por medio de la cual se logró en las empresas una representación legal obligatoria de trabajadores/as.

Junto al ámbito político, las mujeres también pudieron en consecuencia ejercer funciones y actuar en la vida económica y laboral. Además, poco antes, se llevaron a cabo las correspondientes modificaciones en el Derecho societario, de manera que a partir de entonces las mujeres también podían afiliarse a los partidos políticos. En el movimiento obrero, ya habían podido implicarse antes. Desde 1867, con base en la Constitución del Estado y la Ley de coaliciones, también se permitió que se asociasen y creasen asociaciones para la defensa de sus intereses.

La evolución fue consecuentemente —despacio pero continuadamente— en la dirección del trato igual de mujeres y hombres en el mundo laboral: se produjeron reveses, sobre todo durante el período entreguerras, por la mala situación económica. Esto afectó naturalmente a las medidas de igualdad de hombres y mujeres. Se reforzó el reparto «tradicional» de papeles, pero sobre todo volvió a empujarse a las mujeres a dirigir la casa y cuidar de los familiares, de manera que durante la segunda guerra mundial de nuevo sólo los hombres entraban en el mundo laboral, representando todos los niveles profesionales.

Al menos en Alemania y Austria, los años 50 caminaron de nuevo en la dirección de la expulsión de las mujeres del mercado laboral, y se consolidó la desigualdad de trato entre hombres y mujeres que trabajaban. Las empresas, sin embargo, contrataban mujeres como mano de obra, porque podían exigirles un salario menor que el de los hombres. La mano de obra masculina veía en las mujeres una competencia y automatismo salarial, porque ellas también debían emplearse con un salario más bajo que el de sus colegas masculinos. Estas diferencias salariales se derivaban tanto de las leyes como de los convenios colectivos. A pesar de ello, las mujeres estaban también en muchos casos predispuestas a asumir trabajos que los hombres no querían realizar, especialmente como limpiadoras y cuidadoras de personas.

¹ El 12 noviembre 1918, la Asamblea Nacional Provisional para la Austria alemana decide el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a todos los ciudadanos mayores de edad, sin diferencia de sexo.

Dado que por aquel entonces Austria no era miembro de la CEE, la norma predecesora del artículo 157 del TFUE no tuvo repercusiones especiales sobre la fijación y cuantía del salario. Esta disposición se introdujo porque Francia, que garantizaba a las mujeres desde hacía tiempo el mismo salario que a los hombres, temía la competencia de otros países, que autorizaban hasta ese momento salarios diferentes para hombres y mujeres.

2. Promulgación de la Ley de trato igual de 1979

En Austria, un hito del trato igual de hombres y mujeres, en el mundo económico y en el mundo laboral, fue la Ley de trato igual de 1979². Estableció un «mandato de trato igual» (cfr. párrafos 2 y 12 de la Ley citada) y exigió allí expresamente, por vez primera, que en la fijación del salario «nadie puede ser discriminado por razón de sexo».

También antes de la promulgación de la Ley de trato igual ya se habían dado instrumentos jurídicos que prohibían el trato desigual entre trabajadores/as de una empresa por motivos inadecuados, y otorgaban la posibilidad de retomar y, en consecuencia, de avanzar sobre las discriminaciones. Al respecto, se cuenta en especial el párrafo 879 del ABGB, así como el principio de trato igual desarrollado en lo laboral a partir del deber de protección³. A través de la promulgación de la Ley de trato igual, se favoreció con claridad, sin embargo, que los afectados luchasen contra las discriminaciones del empresario o la empresaria. El organismo oficial al que podían apelar en caso de discriminación fue la nueva Comisión de trato igual creada en el Ministerio de Seguridad Social, que no tenía, sin embargo, poderes muy amplios —en especial, de carácter administrativo.

3. Novedades relativas al ingreso de Austria en la CE, en 1994

² *Boletín Oficial Federal* núm. 108/1979.

³ Löschnigg, *Arbeitsrecht*, 13ª ed. (2017).

Un hito posterior fue el proyectado ingreso de Austria en la UE, en 1994. Con él, debían asumirse todas las normas de la UE, incluidas las normas sobre igualdad de trato. Con esta gran tarea presente, el ordenamiento jurídico austriaco debía asegurar, ya antes de ese momento, que Austria ingresaría adecuándose a las normas de la UE. Esto afectó sobre todo al Derecho del Trabajo, y en él, de nuevo, al Derecho sobre trato igual. En especial, a través de las enmiendas de 1990 a la Ley de trato igual,

- Se amplió el mandato de trato igual y se prohibió la discriminación por razón de sexo en todos los estadios de la relación laboral, y especialmente, durante la creación de la relación laboral, durante el acceso a la formación profesional y a la formación profesional continua, así como en el resto de condiciones de trabajo y en la extinción de la relación laboral.

- Además, se prohibió expresamente establecer en los convenios colectivos y acuerdos de empresa criterios salariales que discriminasen a las mujeres (por ejemplo, a través de complementos especiales sólo para el trabajo que requiriese un fuerte o grande esfuerzo físico, aunque esto no se tenía en cuenta detalladamente, por ejemplo, en el ámbito del cuidado de personas).

- Se introdujeron consecuencias jurídicas más duras por incumplimiento del mandato de trato igual: así, las extinciones discriminatorias de la relación laboral podían ser impugnadas ante los tribunales.

Una enmienda posterior de la Ley de trato igual⁴, publicada a la vista del inminente ingreso en la UE, provocó intensas discusiones en la doctrina científica económica y práctica. Simultáneamente, las novedades legales crearon con claridad una sensibilidad más fuerte en el ámbito del trato igual. La causa, entre otras, fue que ahora el «acoso sexual» representaba igualmente un estado de hecho discriminatorio, que conducía al acosador a las sanciones correspondientes (en especial, daños y perjuicios morales). La comprensión del alcance y el contenido de los derechos de la personalidad se acuñaba, con ello, de nuevo totalmente. Y es que, bajo el acoso sexual, se comprendían no sólo —como, por ejemplo, en el Derecho Penal tradicional⁵— las intromisiones físicas graves con una connotación

⁴ *Boletín Oficial Federal* núm. 833/1992.

⁵ Entre tanto, el acoso sexual también es una materia propia en el Código Penal.

sexual, sino también —y esto era nuevo— los daños a la dignidad sexual de una persona. Se cayó entonces en la cuenta de la inminente prohibición de calendarios con mujeres desnudas en la oficina, de los chistes obscenos o de los llamados «tocamientos de trasero». Se lanzaban advertencias ante una desoladora atmósfera laboral.

Un gran eco tuvieron también las normas sobre prohibición de la llamada discriminación indirecta, que se aproxima *prima facie* a la circunstancia neutral, para tratar a un grupo de trabajadores de modo diferente a otro grupo. Pero realmente, a través de dichas medidas, se discrimina principalmente sobre todo a las mujeres, respecto de sus niveles salariales, por ejemplo, con salarios horarios o la necesidad de períodos de ingresos más largos para trabajadores a tiempo parcial⁶. Ejemplos actuales de discriminación indirecta los podrían representar las normas restrictivas sobre el vestido en la empresa, por ejemplo, un *code of conduct* que prohiba un determinado cubrimiento de la cabeza.

Un efecto complementario del ingreso en la UE fue, por lo demás, la supresión de la por aquel entonces todavía vigente prohibición del trabajo nocturno de las mujeres. Austria había autorizado esta prohibición al transponer el Convenio núm. 89 de 1948 de la OIT, para proteger a las mujeres de los riesgos del trabajo nocturno. Estas obligaciones de Derecho internacional estaban, sin embargo, en contradicción con el mandato de trato igual a introducir en el trayecto del ingreso en la UE. Se observó críticamente, sin embargo, que la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres ya estaba neutralizada por numerosas excepciones. En todas partes allí donde se utilizase mano de obra de mujeres, porque la mayor parte de la plantilla —especialmente, por causa de una remuneración comparativamente menor— fuese femenina, existían dichas excepciones, esto es, sobre todo en el trabajo en hospitales, casas particulares, cines o en el sector de la hostelería. En este sentido, sólo resultó adecuado y muy retrasado que también en los sectores laborales con trabajo nocturno que hasta ese momento se reservaban a hombres y en los que a menudo, también sobre la base de pluses de nocturnidad, se pagaba más, tuviesen que abrirse a partir de entonces a las mujeres.

⁶ Entre tanto, también existen numerosas prohibiciones expresas de la discriminación en el empleo a tiempo parcial.

4. Igualdad no sólo entre hombres y mujeres

El siguiente gran paso lo representó la ampliación de la Ley de trato igual a la protección ante discriminaciones basadas en otras circunstancias distintas del sexo. Esta expansión del motivo despreciable para un trato peor se produjo a mediados de la década del 2000. Como consecuencia de las Directivas antidiscriminatorias, la Ley austriaca de trato igual fue también modificada y ampliada. Junto a la lucha contra la discriminación basada en el sexo, también desde la nueva redacción de la Ley se atacaron con los instrumentos de la Ley de trato igual las discriminaciones basadas en el origen étnico, la religión, la libertad ideológica, la orientación sexual y la edad. Las discriminaciones basadas en la discapacidad están igualmente prohibidas; pero éstas se regulan en la Ley de contratación de discapacitados.

5. Más igualdad pura: la promoción de las mujeres

Ya desde mediados de los años 90 del siglo pasado existen en la Constitución reglas que autorizan la promoción (especial) de las mujeres. Esto autoriza en todos los ámbitos administrativos (esto es, la Federación, Estados federados y entes locales) a adoptar medidas administrativas o legales para la promoción de la igualdad real de mujeres y hombres (artículo 7, apartado 2, de la Constitución Federal). En este caso, la discriminación («medidas activas») también es admisible. Ejemplos muy actuales de dicha discriminación positiva de las mujeres en el mundo económico y laboral son las normas sobre cuotas del Derecho empresarial y laboral, para los miembros de los consejos de vigilancia⁷ de las sociedades que coticen en bolsa y tengan más de mil trabajadores. En este caso, las cuotas se aplican tanto a los miembros del consejo de vigilancia que sean representantes del capital, como a aquellos miembros que sean enviados al consejo de vigilancia por el comité de empresa.

⁷ Órgano de vigilancia previsto legalmente para las sociedades anónimas, pero parcialmente también para las sociedades de responsabilidad limitada, que controla ante todo las actividades del consejo de dirección, esto es, del órgano de representación de la sociedad.

En estas empresas, hay que cubrir un 30% de los puestos del consejo de vigilancia con mujeres, cuando en la plantilla exista al menos un 20% de mujeres (cfr. párrafo 110 de la Ley de organización del trabajo). La formulación legal remite en este caso al concepto «sexo», de manera que la regulación legal también aplicaría a la inversa en los consejos de vigilancia en los que actualmente sólo hubiese miembros mujeres, aunque el 20% de la plantilla fuesen hombres. En caso de incumplimiento de la cuota, existen ciertas sanciones y, sobre todo, la falta de ocupación de los puestos y, con ella, la pérdida de los principales poderes de control de la plantilla.

Pero no sólo a nivel de plantilla directiva (en realidad, el nivel de control) se encuentran reglas sobre cuotas por sexo en el Derecho del Trabajo, sino también para la representación de la plantilla. Ya desde 1992, el párrafo 50, apartado 3, de la Ley de organización del trabajo prevé que en el comité de empresa deban estar representados «los trabajadores y trabajadoras en su correspondiente proporción numérica». A pesar de ello, la porción de mujeres en los comités de empresa de ámbito federal asciende en la actualidad sólo al 34% (con valores de 2016). A diferencia del incumplimiento de la cuota en el consejo de vigilancia, el incumplimiento de este mandato no conduce, sin embargo, a ninguna consecuencia jurídica negativa para la representación de la plantilla, por ejemplo, la pérdida de poderes de co-decisión. En consecuencia, ordinariamente, hay que presionar a las mujeres comprometidas en la actividad del comité de empresa, antes que actuar sobre la plantilla.

III. OTROS DESARROLLOS DEL CONCEPTO «DISCRIMINACIÓN», ASÍ COMO DEL DE «SEXO»

1. Tener en cuenta la situación familiar y los hijos

Con la nueva versión de la Ley de Trato Igual, provocada por las Directivas de trato igual de la UE, la prohibición anterior del trato desigual de hombres y mujeres («nadie puede ser discriminado por causa del sexo») se extendió adicionalmente a niveles distintos:

- Así, se prohíbe tratar peor a un trabajador/una trabajadora con referencia a la situación familiar, o con referencia a su esa persona tiene

hijos (cfr. parágrafo 3 de la Ley de Trato Igual). Tampoco se permite negar el puesto de trabajo a una candidata con varios hijos, porque la empresa debe asumir más costes, si los hijos enferman y la empresaria debe continuar pagando el salario a la trabajadora ausente, aunque pueda permanecer en casa para cuidar de sus hijos.

- Igualmente se prohíbe no contratar (sólo) mujeres más jóvenes, o negarles el acceso a formación continua más cara en la empresa, porque puedan quedarse embarazadas en el futuro. Incluso respecto de la denominada relación laboral a prueba, que hasta ahora podía extinguirse sin indicación de motivos y en cualquier momento, existe una agravación: en caso de embarazo durante el período de prueba, ya no rige la posibilidad de extinción en cualquier momento de tales relaciones laborales a prueba propia de otros ámbitos.

2. Acoso sexual ≠ acoso por razón de sexo

Junto al acoso sexual ya citado antes, también se prohíbe actualmente el «acoso por razón de sexo» (cfr. parágrafo 7, apartado 1, de la Ley de Trato Igual). Mientras que el acoso sexual hace referencia a las relaciones sexuales o al contacto sexual, en el caso del acoso por razón de sexo se crea, por la persona acosadora, un ambiente laboral hostil o humillante, en el cual el sexo de la persona acosada (sin connotación sexual) se trata de manera negativa en conversaciones, gestos o imágenes. Podrían ser ejemplos:

- comentarios críticos sobre asuntos laborales, en los que se vierta una frase como «pues sólo los hombres pueden reparar bien un automóvil»; pero a la inversa,

- también prácticas empresariales en las que determinados trabajos se asignan siempre sólo a las empleadas femeninas, porque «las mujeres son mucho más detallistas».

3. Ridiculizar a personas relacionadas con el trabajador/la trabajadora

Tanto el acoso sexual como el acoso por razón de sexo también existen, por lo demás, cuando no se ridiculiza al propio trabajador o trabajadora, sino cuando el empresario o empresaria, o los compañeros, hacen burla de un miembro de la familia o de una persona relacionada con el trabajador o la trabajadora (cfr. parágrafo 7, apartado 4, de la Ley de Trato Igual). Chistes sobre la aptitud profesional de un pariente del trabajador, que ejerce un oficio no típico de su sexo, podrían ser ejemplos de ello.

IV. CONSECUENCIAS DE LA CREACIÓN DE UNA ADICIONAL/TERCERA CATEGORÍA DE SEXO

Tanto el Tribunal Federal Civil alemán, como el Tribunal Constitucional austríaco, tuvieron que ocuparse en 2017 y 2018 de si resulta necesaria la creación de una adicional/tercera categoría de sexo en las distintas leyes. Ambos tribunales han contestado afirmativamente a la cuestión, de manera que, en lo sucesivo, junto a «masculino» y «femenino», también debe caber la posibilidad de la inscripción positiva del sexo, por ejemplo, como «diverso», «intersexual», «otro», etc. Sin embargo, esta tercera categoría de sexo no llevará sólo a modificaciones en el Derecho del estado civil o en el Derecho matrimonial; repercutirá también en el Derecho del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social.

1. Mandato de trato igual en todas las fases de la relación laboral

Para unos, esto afecta al extenso ámbito del Derecho antidiscriminatorio, ante todo, las circunstancias ya mencionadas antes en varios lugares, que prohíben el trato desigual de hombres y mujeres. Todo ello hay que aplicarlo igualmente a las personas cuyo sexo es «diverso», «intersexual», etc. Mirándolo desde una perspectiva legislativa, pueden resultar necesarias adiciones parciales a los textos legales; en especial, ello sucede cuando en el tenor literal sólo se habla expresamente de «hombres» y/o «mujeres». En otros lugares, ya se asegura ahora el trato igual también en relación con los trabajadores y trabajadoras intersexuales; en especial, sucede cuando el término «sexo» se utiliza en la ley para incluir a todas las categorías de sexo.

Las discriminaciones en la contratación, en el pago del salario, en el acceso a la formación continua o en la extinción de las relaciones laborales con invocación de la característica sexual «diverso», en la actualidad, están tan prohibidas como el acoso sexual o el acoso por razón de sexo.

2. Discriminación positiva

También respecto de la promoción específica de grupos antes perjudicados, por ejemplo, por medio de la aprobación de normas sobre cuotas por sexo, que posiblemente pueden conducir rápido a la igualdad material, cabe encontrar referencias a la mejor inclusión de personas intersexuales. Esto se refiere tanto a las más recientes cuotas introducidas en el consejo de vigilancia de las empresas, como también a las cuotas ya existentes desde 1992 para la composición de los comités de empresa.

- En las empresas más grandes, hay que cubrir el 30% de los puestos del consejo de vigilancia con mujeres, cuando la plantilla se compone al menos del 20% de mujeres. Dado que la redacción legal usó el término neutral «sexo», teóricamente están comprendidas las tres categorías de sexo. Visto el número más pequeño de personas intersexuales en la población total, en la práctica se considera que esta regulación de cuotas aumentará ante todo la porción de las mujeres en el consejo de vigilancia, mientras que la regulación de cuotas apenas surtirá efecto para las personas intersexuales.

- En el comité de empresa, deben estar representados «los trabajadores y las trabajadoras en relación con su proporción numérica». No obstante, hasta ahora esta disposición ha resultado ser más bien roma, porque la infracción de este mandato no conduce a ninguna consecuencia jurídica negativa para la representación del personal negligente, en especial la pérdida de poder de colaboración. Primariamente, la regulación de 1992 causó el fortalecimiento de la parte de las mujeres en los órganos de representación del personal. Sin embargo, en la práctica, conforme a la interpretación de la constitucionalidad de la disposición, puede existir la obligación efectiva, en plantillas pequeñas, de que al menos un miembro del comité de empresa pertenezca a la categoría de sexo «diverso».

3. Ofertas de empleo neutrales en cuanto al sexo

La creación de la nueva categoría de sexo podría representar un gran desafío para los empresarios y las empresarias, en relación con las ofertas de empleo. Según el parágrafo 9 de la Ley de Trato Igual, ya desde hace tiempo, ésta tiene que resultar «neutras en cuanto al sexo». La mención sólo femenina o masculina para un oficio crea una atmósfera que normalmente impide superar los roles y las jerarquías típicamente sexuales. De aquí que hasta ahora estuviese prohibido buscar sólo un hombre o sólo una mujer para un puesto de trabajo determinado; además, la neutralidad en cuanto al sexo debía acreditarse también por medio de menciones a la profesión neutrales en cuanto al sexo. De aquí que estuviesen mal vistas los anuncios de empleo en las que sólo se encontrasen menciones como «médico», «enfermera», «jefe de sección», «ingeniero civil», o «secretaria». En su lugar, tenían que haberse utilizado conjuntamente las formas masculina y femenina o, en general, una referencia neutral a la profesión, en la respectiva oferta de empleo.

Todavía está abierta la cuestión de qué redacciones de las ofertas de empleo satisfacen las nuevas exigencias, en relación con la tercera categoría de sexo. Ello depende también de la terminología elegida en el ordenamiento jurídico en su conjunto o en cada ley. También aquí se está destinado a esperar todavía los diferentes términos posibles, así como su desarrollo y recepción en el lenguaje jurídico. En el marco de procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de Alemania y de Austria se solicitaron modificaciones del registro del sexo, por ejemplo, como «inter», «otro», «X», «indeterminado», «diverso», o términos similares. En consecuencia, una oferta de empleo siguiendo el patrón «Catedrático (m/f/i)», satisfaría perfectamente las nuevas exigencias legales.

4. Prevención técnica de los riesgos de los trabajadores y trabajadoras y protección en la utilización

La necesidad de adaptación de la legislación laboral también existe en todos los lugares en que, para la protección de los derechos de la personalidad por razones de salud, los empresarios y empresarias deben adoptar medidas especiales, y así, por ejemplo, en el derecho de prevención de los riesgos de los trabajadores y trabajadoras:

- Según el parágrafo 27 de la Ley para la Prevención de Riesgos de los Trabajadores y las Trabajadoras, el empresario y la empresaria están obligados a habilitar retretes y servicios para lavado separados, cuando «haya al menos cinco trabajadores de cada sexo». «Si se establecen servicios para lavado y lavabos ... conjuntos, entonces hay que asegurar el uso separado por sexo». En la práctica laboral, el número de empleados cuyo sexo es «diverso» no alcanza ordinariamente el número de cinco empleados. Sin embargo, si fuese éste el supuesto —más de cinco empleados masculinos y cinco empleadas femeninas, respectivamente—, entonces se deberían habilitar espacios propios para estos grupos. Si se produce el uso conjunto de las instalaciones, por falta de los cinco empleados, entonces hay que prever —en los casos de los retretes, duchas o vestuarios— la posibilidad de «uso separado», por ejemplo, por medio de cabinas opacas para los retretes o las duchas.

- Dependiendo de si un trabajador o trabajadora pueda dar a luz hijos, también con la característica de sexo «diverso», existe asimismo la correspondiente necesidad de adaptación en las leyes, para la protección del embarazo, así como para la protección tras el nacimiento del hijo.

V. BRECHA SALARIAL ESPECÍFICA POR SEXO (*GENDER PAY GAP*)

Aunque la Ley de Trato Igual establece expresamente que las normas jurídicas de la autonomía colectiva (en especial, convenios colectivos y acuerdos de empresa) tienen que hacer efectivo el principio de «salario igual para un trabajo de igual valor», y que nadie puede ser perjudicado en la determinación del salario por razón del sexo (cfr. parágrafo 11 de la Ley de Trato Igual), Austria cuenta, igual que antes, con la más mayor brecha salarial entre mujeres y hombres en los países de la UE. Esta diferencia específica por sexo asciende a cerca del 22%. Un

estudio de Statistik Austria⁸ muestra, en realidad, que sólo alrededor de un tercio del Gender Pay Gap conjunto (esto es, un 8,6% del total del 22,2%) puede explicarse por razones de características como el sector, la profesión, el nivel de formación, la edad, la duración de la pertenencia a la empresa, la jornada completa/a tiempo parcial, el tipo de contrato de trabajo, el lugar y el tamaño de la empresa. De aquí que las diferencias o desigualdades estructurales entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo sean un factor importante para la cuantía de la brecha salarial específica por sexo; pero no pueden motivar la brecha en su totalidad. En sentido contrario, no obstante, se demuestra que casi dos tercios del Gender Pay Gap total no puede explicarse por características como el sector, la edad, la dimensión de la jornada de trabajo, etc.

En Austria, cerca del 98% de los empleados están sujetos a salarios mínimos convencionales imperativos, que no pueden ser empeorados, sino sólo mejorados por el contrato de trabajo. Los (notoriamente superiores) salarios más altos de los hombres puedan, en consecuencia, producirse en el nivel de las negociaciones contractuales individuales entre el trabajador o trabajadora individual y el empresario o empresaria. De aquí que la más reciente legislación se dirija —además de animar a las mujeres jóvenes a decantarse por profesiones técnicas fuertes—, ante todo, a hacer más transparentes las negociaciones sobre salarios y los parámetros para la determinación de los salarios en las empresas individuales.

- Todos los empresarios y empresarias que oferten empleos están obligados, tanto a poner en el anuncio el correspondiente salario mínimo para el puesto de trabajo, como también a indicar expresamente la eventual probabilidad para un salario más alto (cfr. parágrafo 9, apartado 2, de la Ley de Trato Igual).

- Todos los empresarios y empresarias que empleen más de 150 trabajadores o trabajadoras están obligados a elaborar cada dos años el denominado informe salarial. En éste, hay que exponer los salarios medios (o medianos) de los diferentes grupos de personas —clasificados según el sexo y el grupo funcional, así como la antigüedad— en las empresas (cfr. parágrafo 11a del informe salarial)⁹.

⁸ Del año 2017, sobre la base de los datos sobre Gender Pay Gap de 2014.

⁹ Al respecto, detalladamente, *Melzer-Azodanloo*, *Arbeitsrechtliche Instrumente und ihr Verhältnis zum geschlechtsbedingten Einkommensunterschied*, en Ulrich/Neuwirth ACDCT, VOL. XI (2019), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 73-88

VI. PANORÁMICA

Las afirmaciones previas prueban que en conjunto se ha producido, en realidad, un gran desarrollo en el ámbito del trato igual entre sexos, y en relación con la sensibilidad para con el sexo (expresión clave: tercera categoría de sexo). Pero también prueban que, de ninguna manera, puede y debe hablarse de una pausa en relación con de las medidas del legales y administrativas para la lucha contra la discriminación, en especial de la brecha salarial por causa del sexo¹⁰.

Medidas como la ampliación actual de las reglas antidiscriminatorias, no obstante, pueden al menos ser el «motor» para que se retomen los temas de sexo importantes en las empresas de una manera diferente. Así, ante todo, puede hablarse de que los comités de empresa intensifiquen las cuestiones de sexo en la plantilla, por ejemplo, en las reuniones de centro de trabajo, y también en las consultas ante el empresario y empresaria, o en las negociaciones sobre la conclusión de los correspondientes acuerdos de empresa (por ejemplo, sobre promoción de la mujeres, o mejoras de las instalaciones para el cuidado de hijos)¹¹.

Medidas legales más recientes, por ejemplo, el informe salarial o la indicación obligatoria del salario mínimo en las ofertas de empleo, se dirigen además a hacer más transparente la estructura salarial. Debe incrementarse el conocimiento por los trabajadores. Debe conseguirse más sensibilidad en relación con el trato desigual por razón de sexo, por parte de todos los afectados, trabajadores y trabajadores y empresarios y empresarios, de la misma manera.

(Editor), Zum Verhältnis von Reproduktion, Erwerbsarbeit und fairer Budgetpolitik, (2015) 87.

¹⁰ En el período más reciente (y en especial, referido en el informe salarial), véase ante todo *Firlei*, Entgelttransparenz ultralight – der Einkommensbericht gem § 11a GIBG, DRdA 2011, 238.

¹¹ Conociendo en general las dificultades prácticas para la constitución del órgano de representación de la plantilla en la empresa, también hay que pensar en pretender medidas legislativas futuros para el aumento de la porción de mujeres en los órganos de representación de la plantilla.

EL IMPACTO DE LA ECONOMÍA DIGITAL EN EL EMPLEO EN CROACIA*

[IMPACT OF DIGITAL ECONOMY ON EMPLOYMENT IN CROATIA]

Ivana Vukorepa

Fecha de recepción: 30 de octubre de 2019
Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019
Fecha de actualización: junio 2021

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. CAUSAS Y EFECTOS DE LOS CAMBIOS RELACIONADOS CON EL EMPLEO.- III. TRABAJO EN PLATAFORMAS: RASGOS CARACTERÍSTICOS, FORMAS DE EMPLEO Y PROBLEMAS.- IV. PROBLEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL.- V. CONCLUSIÓN.- LISTA BIBLIOGRÁFICA.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. CAUSES AND EFFECTS OF EMPLOYMENT RELATED CHANGES.- III. PLATFORM WORK: FEATURES, EMPLOYMENT FORMS AND CONCERNS.- IV. SOCIAL SECURITY CONCERNS.- V. CONCLUSION.- BIBLIOGRAPHY LIST.

Resumen: La tecnología digital es la sustancia central de la economía digital. Como toda revolución tecnológica en la historia, influye significativamente en los cambios en el empleo que alimentan formas atípicas de trabajo, especialmente la digitalización del trabajo. Entre los ejemplos más intrigantes de ello se encuentra el llamado «trabajo en plataformas», que puede adoptar diferentes formas de empleo. Como en otras partes del mundo, la digitalización del trabajo también ha ido en aumento en Croacia, de manera especialmente rápida más recientemente durante los cierres por causa de la enfermedad COVID-19. De aquí que el propósito de este trabajo sea identificar la causa y los efectos de los cambios relacionados con el empleo, así como presentar posibles opciones para modificaciones futuras, con el fin de alcanzar los dos objetivos del Pilar Europeo de Derechos Sociales: esto es, «empleo seguro y adaptable»

* Traducción al castellano, desde el inglés original, de Iván Vizcaíno Ramos.

(principio núm. 5 PEDS), y «protección social independientemente del empleo» (principio núm. 12 PEDS).

***Abstract:** Digital technology is the core substance of digital economy. As every technological revolution in history, it significantly influenced employment changes fuelling atypical forms of work, especially digitalisation of work. Among most intriguing example of it is so called «platform work» that can take different employment forms. As in other parts of the world, digitalisation of work has been growing also in Croatia, especially rapidly recently during Covid-19 disease lock-downs. Hence, the purpose of this paper is to identify the cause and effects of employment related changes, as well as to present possible options for future modifications in order to reach the two goals from the European Pillar of Social rights: i.e. «secure and adaptable employment» (principle no. 5 EPSR) and «social protection regardless of employment» (principle no. 12 EPSR).*

Palabras clave: Croacia, Digitalización del trabajo, Formas atípicas de trabajo, Trabajo en plataformas

***Keywords:** Croatia, Digitalisation of work, Atypical forms of work, Platform work*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

La economía digital (también conocida como economía colaborativa, gig o bajo demanda) resulta primariamente habilitada gracias a la tecnología digital. A menudo se le «acusa» de ser el principal motivo de la digitalización y de la precariedad del trabajo. Sin embargo, aunque la digitalización permite nuevas formas de trabajo, especialmente el trabajo en plataformas, como su ejemplo más destacado, creo que no es su única causa. Como hay más raíces en los cambios relacionados con el empleo, también hay diversos efectos de la digitalización, como: reorganizaciones empresariales y cambios en el mercado de trabajo, seguidos de impactos en las prestaciones futuras de seguridad social y de las preocupaciones fiscales.

El principal objetivo de este trabajo es ofrecer una visión general del impacto de la digitalización en el empleo en Croacia. La hipótesis principal es que necesitamos introducir algunos cambios legislativos para alcanzar los dos objetivos del Pilar Europeo de Derechos Sociales: esto es, «empleo seguro y adaptable» (principio núm. 5 PEDS) y «protección social independientemente del empleo» (principio núm. 12 PEDS)¹. Este trabajo representa la elaboración escrita de mi exposición en el Congreso en A Coruña en 2019². Se basa en, e incorpora, algunos de mis resultados de investigación anteriores³, que se complementan con algunos nuevos hallazgos y datos estadísticos disponibles.

¹ Pilar Europeo de Derechos Sociales, *Diario Oficial*, serie C 428, 13.12.2017, págs. 10-15.

² VUKOREPA, I., *The impact of digital economy on employment in Croatia*, XIV Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo: «El impacto de la economía digital en el empleo», organizado por el Prof. J. Martínez Girón y el Prof. A. Arufe Varela, Universidad de A Coruña, España, 2019, https://www.bib.irb.hr/1038856/download/1038856.Impact_of_digital_economy_on_employment_in_Croatia_Vukorepa.pdf.

³ Por ejemplo, VUKOREPA, I., *Rethinking Labour Law in the Context of 4th Industrial Revolution*, International conference «Novelties in Labour Law», Zagreb (Croacia), 23 marzo 2018, https://www.pravo.unizg.hr/news/23684/PPT_Rethinking%20LL%20in%20the%20context%20of%204th%20ind%20Revolution_Vukorepa_2018.pdf; VUKOREPA, I. *Cross-Border Platform Work: Riddles for Free Movement of Workers and Social Security Coordination*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2020, 70 (4), págs. 481-511. <https://doi.org/10.3935/zpfz.70.4.02>; VUKOREPA, I., TOMIĆ, I., STUBBS, P., *ESPN Thematic Report on Access to social protection of people working as self-employed or on non-standard contracts (Croatia)*, European Union, 2017, ACDCT, VOL. XI (2019), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 89-137

El trabajo está estructurado de la siguiente manera: después de esta parte introductoria, la segunda parte ofrece un amplio resumen de las causas de los cambios relacionados con el empleo (la digitalización es una de ellas) y de los efectos relacionados con los mismos. Dado que el trabajo en plataformas es el principal producto de la digitalización del trabajo y puede adoptar diferentes formas de empleo, la tercera parte trata de las principales características y formas de empleo de los trabajos en plataformas y las preocupaciones relacionadas con ello. La cuarta parte evalúa los efectos de dicho trabajo en la seguridad social, esto es, su financiación y la adecuación de las prestaciones futuras (especialmente teniendo en cuenta los problemas de cobertura limitada, tasas de cotización más bajas, etc.). Finalmente, la parte final ofrece una síntesis de los principales hallazgos, y da recomendaciones para cambios *de lege ferenda*.

II. CAUSAS Y EFECTOS DE LOS CAMBIOS RELACIONADOS CON EL EMPLEO

Después de la crisis financiera mundial, varios tipos de formas atípicas de trabajo han ganado importancia entre un amplio rango⁴ de académicos y de actores colectivos (por ejemplo, Eurofound⁵, OIT⁶, Foro

<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=17687&langId=en>; GRGUREV, I., VUKOREPA, I., *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects*, en: SANDER, G., TOMLJENOVIC, V., BODIROGA-VUKOBRAT, N. (Editores), *Transnational, European, and National Labour Relations*, Springer Verlag, 2018, págs. 241-262.

⁴ Por ejemplo, véase KATZ, F.L., KRUEGER, A.B., *The Rise and Nature of Alternative Work Arrangements in the United States, 1995-2015*, 2016, disponible en: http://scholar.harvard.edu/files/lkatz/files/katz_krueger_cws_v3.pdf; DE STEFANO, V., *The Rise of the «Just-in-Time Workforce»: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the «Gig Economy»*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, núm. 3, 2016, págs. 471-503, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2682602>; SCHOUKENS, P., BARRIO, A., *The changing concept of work: when does typical work become atypical*, *European Labour Law Journal*, vol. 8, núm. 4, 2017, págs. 306-332, disponible en: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2031952517743871>.

⁵ Eurofound, *New Forms of Employment*, Publishing Office of the European Union, Luxemburgo, 2015, disponible en: <http://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment>; Eurofound, *Overview of new forms of employment – 2018 update*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2018, disponible en: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2018/overview-of-new-forms-of-employment-2018-update>; ACDCT, VOL. XI (2019), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 89-137

Económico Mundial⁷). Señaladamente, además de las formas de trabajo no estándar, ya conocidas y reguladas (por ejemplo, trabajo de duración determinada, trabajo a tiempo parcial, trabajo a través de agencias de trabajo temporal, teletrabajo, períodos de prácticas y trabajo de estudiantes), han surgido algunas formas de trabajo atípicas (por ejemplo, trabajo bajo demanda, trabajo por vales y trabajo en plataformas).

Todos estos cambios relacionados con el empleo han sido motivados por diversos factores, que clasifico en dos grandes grupos: 1) presión de los mercados, y 2) nuevas tecnologías. Entre los elementos de presión de los mercados que provocan cambios significativos, destaca principalmente la competencia a nivel global, la crisis económica y financiera que empezó en 2008 y, consecuentemente, la incertidumbre en la demanda como resultado de las necesidades empresariales de reducir los costes de producción y de incrementar la eficiencia y los beneficios. Sin embargo, los cambios no habrían tenido tanto peso sin las innovaciones digitales de la 4ª revolución industrial: la inteligencia artificial, en forma de automatización y de robotización de muchos procesos productivos (por ejemplo, embalaje parcial de paquetes y sistemas de seguimiento, caja registradora de uso propio), creación de un ciberespacio y plataformas digitales⁸.

Se puede decir que la presión del mercado junto con la digitalización ha tenido un efecto cuádruple, tanto en el mundo de los negocios como en el mundo del trabajo⁹. En primer lugar, se han notado

en: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/customised-report/2018/overview-of-new-forms-of-employment-2018-update>.

⁶ ILO, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office, Ginebra, 2016, disponible en: http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_534326/lang--en/index.htm.

⁷ World Economic Forum, *Eight Futures of Work: Scenarios and their Implications (White Paper)*, 2018, disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_FOW_Eight_Futures.pdf.

⁸ VUKOREPA, I., *Rethinking Labour Law in the Context of 4th Industrial Revolution*, International conference «Novelties in Labour Law», Zagreb (Croacia), 23 marzo 2018.

⁹ Hice esta clasificación basada en mi propia experiencia y en las averiguaciones de mi investigación documental, relativa a:

- EESC – European Economic and Social Committee, *Impact of digitalisation and the on-demand economy on labour markets and the consequences for employment and industrial relations*. Publications Office of the European Union, Luxemburgo; European Economic and Social Committee, Bruselas, 2017, disponible en:

cambios en la estructura empresarial, en forma de fragmentación organizativa (como franquicias y subcontratación, así como el traslado de establecimientos a destinos con menor protección de la legislación laboral), seguidos de la utilización de nuevas tecnologías (plataformas digitales y robots), así como flexibilización del trabajo, no sólo en relación con el tiempo de trabajo, sino también respecto del lugar de trabajo, de manera que los trabajadores ya no tienen asignado un lugar de trabajo fijo o habitual¹⁰. Otra forma de flexibilización se produce cuando los empresarios reemplazan a algunos o la mayoría de los trabajadores estándar (a tiempo completo con contratos indefinidos) por trabajadores no estándar (a tiempo parcial, por tiempo determinado, trabajadores cedidos por agencias, así como trabajadores bajo demanda y trabajadores en plataformas). El segundo nivel de cambios está conectado con los mercados de trabajo, en forma de pérdida de determinados puestos de trabajo y creación de nuevos puestos de trabajo con competencias específicas de los trabajadores, fragmentación y polarización del mercado de trabajo¹¹ y creación de nuevas formas de

<https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/qe-02-17-763-en-n.pdf>;

- BJELINSKI RADIĆ, I., *Izazovi radnog i socijalnog prava u svjetlu digitalizacije rada (Changes to Labour and Social Security Law in the light of Digitalisation of Labour)*, Zagrebačka pravna revija, vol. 7, núm. 3, 2018, págs. 309-331;
- SPASOVA, S. *et al.*, *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe – A study of national policies*, EU Commission, Bruselas, 2017, disponible en: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=7993&furtherPubs=yes>;
- GRGUREV, I., VUKOREPA, I., *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects*, *op. cit.*;
- VUKOREPA, I., TOMIĆ, I., STUBBS, P., *ESPN Thematic Report on Access to social protection of people working as self-employed or on non-standard contracts (Croatia)*, *op. cit.*;
- SCHOUKENS, P., BARRIO, A., MONTEBOVI, S., *The EU social pillar: An answer to the challenge of the social protection of platform workers?*, *European Journal of Social Security*, vol. 20, núm. 3, 2018, págs. 219-241.

¹⁰ Por ejemplo, el conocido caso español resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-266/14, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, ECLI:EU:C:2015:578, 10.9.2015.

¹¹ La polarización (fragmentación) del mercado de trabajo se refiere a la presencia de diferentes niveles de protección de trabajadores estándar *versus* trabajadores no estándar, trabajadores altamente cualificados o puestos de trabajo que requieren de aptitudes especiales que siguen siendo predominantemente cubiertos con trabajadores estándar a tiempo completo y por tiempo indefinido, como contrarios a trabajadores con cualificaciones medias o bajas que trabajan cada vez más en formas no estándar. También existe polarización en los niveles de ingresos: perceptores de salarios altos *v.* perceptores de salarios bajos.

trabajo bajo demanda. En tercer lugar, se han producido cambios en las relaciones laborales con respecto a la creciente oferta de formas de empleo bajo demanda (por ejemplo, el trabajo en plataformas), a menudo relacionadas con la precariedad, el falso autoempleo y la flexibilización del tiempo de trabajo. En cuarto lugar, todos estos cambios representan desafíos relacionados con la financiación de los sistemas de seguridad social, así como el nivel futuro de las prestaciones para quienes se emplean en formas atípicas de trabajo. Esto se debe al trabajo total o parcialmente no declarado o a problemas de cobertura personal relacionados con el tiempo de trabajo, o los umbrales relacionados con los ingresos que pueden afectar a los niveles futuros de prestaciones sociales.

Todos estos diversos cambios relacionados con las empresas y con el empleo también han estado presentes en Croacia. Además del trabajo basado en un contrato de trabajo, en Croacia hay tres contratos de Derecho Civil que se utilizan como base de trabajo en tipos de trabajo no estándar. Estos son: el contrato de servicios, el contrato de autor y contrato de estudiante¹². Todos ellos están conectados con un coste laboral más bajo, debido a impuestos más bajos y a tarifas reducidas o inexistentes de cotizaciones a la seguridad social¹³ (para más información, véase *infra*, epígrafe IV). Por lo tanto, en el mercado de trabajo croata en algunas profesiones, como el periodismo, ya hace una década comenzó un fenómeno de disminución del número de trabajadores con contrato de trabajo y aumento del número de autónomos¹⁴, que realizan trabajos basados en contratos de autor o en contratos de servicios¹⁵. También es notable el aumento del trabajo de los estudiantes, especialmente en el sector minorista en supermercados y tiendas de marcas de ropa populares.

¹² Para una mayor elaboración del asunto, véase GRGUREV, I., VUKOREPA, I., *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects*, *op. cit.* págs. 245-252.

¹³ Véase VUKOREPA, I., TOMIĆ, I., STUBBS, P., *ESPN Thematic Report on Access to social protection of people working as self-employed or on non-standard contracts (Croatia)*, *op. cit.*

¹⁴ BUTKOVIĆ, H., SAMARDŽIJA, V., *The Digital Transformation of the Labour Market in Croatia*, Institute for Development and International Relations – IRMO, 2019, <https://irmo.hr/publications/the-digital-transformation-of-the-labour-market-in-croatia/>, pág. 145.

¹⁵ Esto ha sido permitido por el artículo 2 de la Ley de Medios de comunicación (Zakon o mediima), *Boletín Oficial de la República de Croacia*, núms. 59/04, 84/11, 81/13.

El trabajo a tiempo parcial, aunque regulado en la legislación laboral croata desde sus inicios, siempre ha sido muy poco frecuente, muy por debajo de la media de la UE. En 2015, ascendió al 12,8%, y en 2019, al 7,4% (en comparación con el 32,1% y el 32,6%, respectivamente, en la UE-28)¹⁶. Sin embargo, cuando se trata de contratos de duración limitada (incluidos trabajadores temporeros, trabajadores cedidos por agencias, etc.), la situación es diferente: la media de la UE-28 se ha situado en torno al 11% desde 2015, mientras que en Croacia en 2015 fue del 16,9%, mostrando una ligera caída al 15,5% en 2019¹⁷. Lamentablemente, el empleo temporal involuntario ha aumentado en Croacia. En 2015, fue del 8,8%, y aumentó al 15% en 2019, en comparación con la UE-28, donde se puede observar una tendencia a la baja (del 7,7% en 2015, al 7% en 2019)¹⁸. La investigación empírica sobre las nuevas formas de trabajo (basada en la clasificación de Eurofound 2015) que se llevó a cabo en Croacia durante 2018 (no obstante, en un pequeño número de participantes, N = 500) mostró que más del 86% de todos los encuestados han sido empleados por un empleador, el 12% eran autónomos, mientras que algo menos del 2% no encajaba en ninguna de estas dos categorías. Algo más de un tercio de los autónomos encuestados trabajan como empleados únicos en sus empresas u oficios, mientras que el 29% son directores de sus propias empresas u oficios que emplean a otros trabajadores. Otra cuarta parte de los autónomos encuestados (25%) están empleados como subcontratistas, trabajadores con contratos de Derecho Civil, trabajadores cedidos por agencias o socios comerciales¹⁹. Los encuestados más jóvenes (especialmente aquéllos entre 25 y 34 años) participaron con mayor frecuencia en las nuevas formas de trabajo. El mayor número de encuestados participó en trabajo informal, esto es, trabajo a llamada (25%), el 18% de los encuestados participó en el trabajo móvil basado en las TIC, el 16% en el trabajo compartido y el 11% al menos una vez trabajó en el empleo colectivo (esto es, trabajo en plataformas). Menos del 10% de los encuestados participó en algunas otras formas nuevas de trabajo, como el empleo colaborativo, la gestión interina, el intercambio de empleados, el trabajo de cartera y el trabajo basado en vales²⁰.

¹⁶ Eurostat, Persons employed part-time as percentage of total employment <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00159/default/table?lang=en>.

¹⁷ Eurostat, Temporary employees as percentage of the total number of employees, <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tesem110/default/table?lang=en>.

¹⁸ Eurostat, Involuntary temporary employment, <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tesem190/default/table?lang=en>.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 150. Para otros detalles y condiciones de trabajo, véase págs. 149-162.

²⁰ *Ibidem*, págs. 157-158.

Sin embargo, de todas estas nuevas formas de trabajo, el trabajo en plataformas se percibe como la consecuencia más destacada y controvertida de la digitalización del trabajo. Se caracteriza por una relación triangular entre plataforma digital, trabajador en plataforma y cliente/usuario. Dado que adopta diversas formas de empleo, plantea preocupaciones en materia de legislación laboral, seguridad social y fiscalidad en el contexto nacional. El trabajo en plataformas se ha abordado en algunos estudios bajo los términos de «empleo colectivo», «*crowdsourcing*» o *crowdworking*²¹, pero recientemente se utiliza más a menudo un término más amplio: «trabajo en plataformas», de manera que también lo utilizaré aquí. Con base en los datos de COLLEEM, las estimaciones sobre el trabajo en plataformas muestran que, en promedio, hasta el 10% de la población adulta habría utilizado alguna vez plataformas en línea para la prestación de algún tipo de servicio que implique algún tipo de trabajo, menos del 6% gastaría una cantidad significativa de tiempo en él (al menos una cuarta parte de la semana laboral estándar de 40 horas), o ganaría una cantidad significativa de ingresos (al menos, el 25% del total), a través de este tipo de trabajo. Por lo tanto, como principal forma de empleo o principal fuente de ingresos, el trabajo en plataformas fue bajo en la mayoría de los países hasta 2018, afectando a alrededor del 2% de la población adulta en promedio²². Sin embargo, ha habido diferencias significativas entre países: el Reino Unido tiene la mayor incidencia de trabajo en plataformas, mientras que otros países con valores relativos altos son Dinamarca, Países Bajos, España, Portugal e Italia. Por el contrario, Finlandia, Suecia, Francia, Hungría, Eslovaquia muestran valores muy bajos en comparación con el resto²³. Con base en el mismo estudio, para Croacia, en 2018, se ha estimado que como porcentaje de la población adulta total había un 8% de trabajadores en plataformas, aunque sólo el 5% lo haría con cierta frecuencia. La relación mujeres/hombres se aproxima al 0,29, lo que significa que

²¹ Por ejemplo, DE STEFANO, V., The Rise of the «Just-in-Time Workforce»: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the «Gig Economy», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, núm. 3, 2016, págs. 471-503; DE STEFANO, V., Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy and the Law, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, núm. 3, 2016, págs. 1-10 (Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2767383).

²² Estimaciones extraídas de PESOLE, A. *et al.*, *Platform Workers in Europe*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2018, https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112157/jrc112157_pubsy_platform_workers_in_europe_science_for_policy.pdf, págs. 3, 19.

²³ *Ibidem*.

aproximadamente una mujer por cada tres hombres trabaja principalmente en plataformas²⁴.

Desde entonces, el trabajo en plataformas ha ido en aumento en Croacia. Esto fue especialmente impulsado por los cierres y las restricciones de la pandemia de COVID-19, cuando el uso de trabajadores en plataformas en el sector de transporte y reparto ha aumentado enormemente. Esto resulta obvio, simplemente observando la intensificación de diversos recorridos de reparto por las calles, pero también se informó en las noticias: por ejemplo, según algunas estimaciones, en el sector de reparto de alimentos, la rotación de trabajo en plataformas ha crecido incluso un 500%²⁵. Ha sido razonable esperar que la incidencia de trabajo en plataformas aumente en el futuro, especialmente entre los trabajadores más jóvenes. Sin embargo, también es notable el empleo de trabajadores de mayor edad en plataformas, especialmente en el sector del reparto. Se ha vuelto más habitual verlos en bicicleta, pero aún más a menudo en pequeños coches destartados. Las situaciones en las que una persona combina varias formas de trabajo es un escenario probable en la práctica, pero también ahora, durante la crisis de COVID-19, se ha hecho posible un nuevo escenario: combinar la jubilación (especialmente, la jubilación anticipada debido a los despidos relacionados con empresas cerradas por la COVID-19) y el trabajo en plataformas en sector del reparto, en el que la demanda de trabajadores ha ido en aumento. Por lo tanto, elaboraré y analizaré el trabajo en plataformas, y las formas de empleo en Croacia, con más detalle.

III. TRABAJO EN PLATAFORMAS: RASGOS CARACTERÍSTICOS, FORMAS DE EMPLEO Y PROBLEMAS

El trabajo de plataforma es un tipo característico de relación triangular contractual flexible que involucra a tres partes: plataforma digital en línea, cliente (servicio / usuario del trabajo) y trabajador (proveedor de un servicio / trabajo). Se ha utilizado en mercados muy competitivos, como el transporte, la entrega, el alojamiento, los servicios domésticos, las tareas profesionales especializadas, etc. El servicio / trabajo generalmente se

²⁴ *Ibidem*, págs. 14-20, 20-23.

²⁵ Según An. S. (Hina news), Dostavljačima hrane u pandemiji promet porastao 500 posto, publicado el 13.5.2021, disponible via: <https://www.tportal.hr/vijesti/clanak/dostavljacima-hrane-u-pandemiji-promet-porastao-500-posto-najbolje-idu-hamburgeri-pizze-banane-krumpir-i-jaja-20210513>.

divide en tareas y se brinda a pedido, por lo que generalmente se asocia con inestabilidad (precaria) ingreso. El trabajo de plataforma puede adoptar diversas formas de empleo (empleo, trabajo por cuenta propia o autónomos), lo que plantea diversas preocupaciones en materia de legislación laboral, seguridad social y fiscalidad en el contexto nacional²⁶. Cuando se combina con elementos transfronterizos, el trabajo de plataforma se vuelve aún más complejo²⁷.

Con base en numerosos estudios de académicos y actores colectivos mencionados anteriormente, el trabajo en plataformas en su significado más amplio se puede definir como trabajo (mano de obra o servicio) proporcionado bajo demanda a cambio de un pago a través de, en, o intermediado por, plataformas digitales. El trabajo en plataformas (servicio o mano de obra) puede adoptar formas muy variadas (por ejemplo, manual/digital, en el sitio/fuera del sitio, servicio en línea/servicio local, gran/pequeña escala). Se caracteriza por una relación contractual triangular flexible entre la plataforma digital, el trabajador de la plataforma (persona que presta el servicio/trabajo) y el cliente (usuario del servicio/trabajo)²⁸. Una parte esencial del trabajo en plataformas no es sólo la intermediación en línea de la tecnología digital y los algoritmos en la organización del trabajo de la plataforma, sino también la vigilancia y evaluación de los trabajadores de la plataforma²⁹. Además, según la investigación documental, se han identificado cuatro tipos más comunes de trabajo en plataformas, que están todos presentes en Croacia:

²⁶ Eurofound, *Overview of new forms of employment – 2018 update*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2018, *op.cit.*, págs. 15-16.

²⁷ Para más detalles, véase VUKOREPA, I., *Cross-Border Platform Work: Riddles for Free Movement of Workers and Social Security Coordination*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2020, 70 (4), págs. 481-511. <https://doi.org/10.3935/zpfz.70.4.02>; Lhernould, J., *Intra-EU Cross-Border Platform Work: Hiding Issues of Undeclared Work*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2020, 70 (4), 455-479. <https://doi.org/10.3935/zpfz.70.4.01>.

²⁸ También, véase Eurofound, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2018, disponible en: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2018/employment-and-working-conditions-of-selected-types-of-platform-work>; FLORISSON, R., MANDL, I., *Platform work: Types and implications for work and employment, Literature review*, Eurofound, 2018, <https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/wpef18004.pdf>, págs. 48-67.

²⁹ *Ibidem*. También, véase SPITKO, E.G., *Reputation Systems Bias in the Platform Workplace*, BYU Law Review (próxima aparición en 2019), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3360633> (acceso 5 julio 2019).

1) *Trabajo en plataformas que ofrece servicio local en transporte y reparto de mercancía.* Lo realiza un conductor (taxi) que lleva pasajeros³⁰, o mensajeros que entregan mercancías en general³¹ o plataformas más especializadas para la entrega de alimentos³²). En esta forma de trabajo en plataformas, la plataforma inicia la distribución del trabajo a los trabajadores de la plataforma, independientemente de si el pago efectivo por parte del usuario final o del cliente se canaliza directamente al trabajador de la plataforma o a través de la empresa de la plataforma; se realiza bajo demanda y generalmente por trabajadores de baja o mediana calificación (en lo sucesivo, «taxista/trabajador repartidor de la plataforma»);

2) *Trabajo en plataformas que ofrece servicio doméstico que se realiza en el lugar del usuario final o cliente,* donde el servicio ofrecido requiere pocas habilidades (por ejemplo, limpieza doméstica³³, cuidado de niños o paseo de perros), o capacitación más especializada como techador, fontanero, electricista, etc. (en adelante, «trabajador en plataforma de servicios domésticos»);

3) *Trabajo en plataformas dividido en unidades muy pequeñas de trabajo, realizado de forma remota y entregado en línea,* que consiste en trabajo de baja o mediana capacitación, como ingreso de datos, trabajo de oficina, cubrir encuestas, etiquetado de fotografías y otros servicios, generalmente denominados trabajo de clic o trabajo colectivo (en lo sucesivo, «trabajador de clic»);

4) *Trabajo en plataformas que consiste en trabajo altamente calificado realizado de forma remota y entregado en línea,* como diseño gráfico, desarrollo de TI (software) o arquitectura, así como servicios de consultoría o asesoría (por ejemplo, jurídica o médica), donde la oferta y la demanda de estos servicios se facilita o administra en su totalidad por una empresa de plataforma (en lo sucesivo, «especialista en TI/diseñador gráfico/trabajador en plataformas de consultor»).

³⁰ Por ejemplo, plataformas Uber y Bolt. Resulta interesante señalar que la aparición de estas plataformas en Croacia provocó que algunas asociaciones profesionales de taxi profesionales (como Radio Taxi Zagreb) creasen sus propias plataformas digitales, para empezar a conectar potenciales clientes con autónomos registrados como taxistas.

³¹ Por ejemplo, plataformas Glovo y Bolt.

³² Por ejemplo, plataformas Wolt y Pauza.

³³ Por ejemplo, plataforma Beeping.

El trabajo en plataformas aún no se ha regulado específicamente en Croacia. Por lo tanto, es muy importante diferenciar entre varias modalidades de empleo posibles y diferentes de los trabajadores en plataformas. Señaladamente, dependiendo de los sectores, las prácticas de la plataforma que se anuncian generalmente en sus sitios web, así como la legislación laboral nacional y las normas fiscales, los trabajadores en plataformas podrían emplearse en Croacia de cuatro formas³⁴:

1) trabajador en plataformas como empleado de la empresa de la plataforma (lo cual es muy raro), o más a menudo como empleado de un socio de la plataforma (empresa separada u oficio registrado), que no es la plataforma en sí (por ejemplo, relación laboral con el socio de la plataforma);

2) trabajador en plataformas como autónomo registrado o *freelance* que realiza trabajo en plataformas como trabajo ocasional basado en un contrato de servicio o en un contrato de autor;

3) trabajadores en plataformas como autónomos propietarios de pequeñas empresas;

4) trabajador en plataformas que realiza un trabajo basado en un contrato de estudiante.

Por lo tanto, la exigencia del cumplimiento de los derechos y las prerrogativas dependerá en la práctica de cuál de las cuatro modalidades de trabajo emplea el trabajador de la plataforma. Los trabajadores autónomos y los estudiantes casi no gozan de protección laboral. El trabajo de los estudiantes, basado en contratos de estudiantes y operado por intermediarios (ya sea por un «centro de estudiantes» o por una institución de educación superior que tiene un centro de estudiantes estándar como unidad organizativa, y que tiene autorización para decisión sobre la aprobación de actividades de mediación, otorgada por el Ministerio de Ciencia and Education) está históricamente muy presente y se usa más ampliamente desde 2018, cuando se adoptó una nueva regulación que permite el trabajo

³⁴ Para las modalidades de empleo y las condiciones de trabajo de los trabajadores en plataformas, véase también, por ejemplo, Eurofound (2018), *op. cit.*, pág. 19; FLORISSON, R., MANDL, I., *Platform work: Types and implications for work and employment*, *op. cit.*, pág. 94.

tanto a los estudiantes de tiempo completo como a los de tiempo parcial³⁵ (antes de esa ley, el trabajo bajo contrato en el trabajo de los estudiantes solo se permitía a los estudiantes de tiempo completo)³⁶. El trabajo del estudiante es una relación triangular, esto es, el contrato se concluye antes del inicio del trabajo del estudiante, entre el estudiante, el intermediario y la empresa cliente/usuario. El contrato obliga al estudiante a realizar un determinado trabajo, el cliente se compromete a pagar una compensación por el trabajo del estudiante, una compensación al intermediario y cotizaciones limitadas a la seguridad social, y el intermediario se compromete a realizar actividades de mediación y a realizar pagos directos al estudiante [artículos 11(1) y 11(2) de la Ley de Trabajos para estudiantes]. Además del derecho a la remuneración³⁷, los estudiantes tienen derecho a un aumento del pago por el trabajo durante las vacaciones, el trabajo nocturno, las horas extraordinarias y el trabajo los domingos [artículos 13(1) - 13(3) de la Ley de Trabajos para estudiantes]. Se les aplican las normas de prevención de riesgos laborales y están protegidos contra el acoso y el acoso sexual en el trabajo de la misma manera que los trabajadores [artículos 13(8) - 13(10) de la Ley de Trabajos para estudiantes]. El trabajo de los estudiantes es atractivo para que lo utilicen las empresas usuarias (también las plataformas y los socios de plataformas), debido a que el trabajo de los estudiantes es más barato que el trabajo basado en un contrato de trabajo ordinario, porque no hay impuesto sobre la renta ni sobretasa, y las cotizaciones a la seguridad social se pagan solo parcialmente (no se pagan cotizaciones de pensiones ni de asistencia sanitaria, solo son obligatorias las cotizaciones a la seguridad social por accidentes de trabajo, lo que significa que el trabajo de los estudiantes no crea derechos de pensión de vejez, sino sólo los relacionados con lesiones físicas y discapacidades)³⁸.

³⁵ Ley de Trabajos de estudiantes (Zakon o obavljanju studentskih poslova, *Boletín Oficial de la República de Croacia*, núms. 96/2018, 16/2020).

³⁶ GRGUREV, I., VUKOREPA, I., *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects*, *op. cit.*, pág. 251.

³⁷ El Ministerio de Ciencia y Educación adoptó la Decisión sobre el importe mínimo de la compensación para trabajos de estudiantes en 2020 (2.11.2020.). Asciede a 25,56 kunas croatas netas por hora. http://www.sczg.unizg.hr/media/uploads/sservis/odluka_o_iznosu_minimalne_naknade_za_obavljanje_studentskih_poslova_za_2021_godinu.pdf (acceso 1 marzo 2021).

³⁸ *Ibidem*. También, véase VUKOREPA, I., TOMIĆ, I., STUBBS, P., *ESPN thematic report on access to social protection of people working as self-employed or on non-standard contracts*, *op. cit.*, págs. 5, 9, 12, 15.

Un problema adicional en la práctica lo representa el trabajo en plataformas no declarado. Los ingresos a menudo no se declaran y las autoridades fiscales tienen dificultades para recuperarlos, porque los trabajadores de la plataforma tienen un incentivo limitado para declarar ingresos, un gran porcentaje de los trabajadores en plataformas ni siquiera es consciente de que es necesario declarar los ingresos y, a menudo, las plataformas no están obligadas a informar sobre las ganancias de los trabajadores. Las plataformas pueden incluso sentirse inclinadas a no informar sobre las ganancias de sus trabajadores para evitar ser considerados empleadores, o para disuadir a los trabajadores de participar activamente en la plataforma³⁹.

De manera similar, incluso si el trabajo en plataformas se declara en una de las cuatro formas, aún podría haber problemas relacionados con la notificación insuficiente del tiempo de trabajo y problemas de pago, en forma de notificación insuficiente de los pagos de salarios, si parte del salario se paga en forma de pago en «sobre», o mediante el uso de plataformas digitales que ofrecen opciones de envío de dinero como, por ejemplo, Revolute⁴⁰ o Aircash⁴¹, que no son rastreables para las autoridades fiscales. Por lo tanto, existe la probabilidad de evasión total o parcial de impuestos y de cotizaciones a la seguridad social.

Por lo tanto, teniendo en cuenta todas estas cuestiones, he resumido en la siguiente tabla las formas de empleo de los trabajadores en plataformas y los problemas relacionados con ellas, así como las preocupaciones de pago.

Tabla 1. Formas de empleo de trabajadores en plataformas, y preocupaciones y problemas relacionados⁴²

Tipo de contrato / base de empleo para el trabajo en plataformas	Problemas relacionados	Preocupaciones de pago (en todas las situaciones)
Relación laboral con la empresa social	<ul style="list-style-type: none">• Horas de trabajo subdeclaradas, para reducir los costs	<ul style="list-style-type: none">• Pagos no declarados o no suficientemente

³⁹ EESC – European Economic and Social Committee (2017), *op. cit.*, p. 54.

⁴⁰ Para más detalles sobre opciones de pago y envío & recepción de dinero en Aircash, véase: <https://www.revolut.com/en-HR>.

⁴¹ Para más detalles sobre opciones de pago y envío & recepción de dinero en Aircash, véase: <https://aircash.eu/en/>.

⁴² Hecha por la autora.

Tipo de contrato / base de empleo para el trabajo en plataformas	Problemas relacionados	Preocupaciones de pago (en todas las situaciones)
	<p>formales (por ejemplo, 10 horas de trabajo, mientras se trabajan 60 horas⁴³, aunque al máximo semanal permitido por la Ley del Trabajo es de 40 horas)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Salarios pagados en función de las horas o de los trayectos de reparto (pero el porcentaje tomado por la empresa socia como su beneficio por cada entrega) • Riesgo de pago parcial por medio de sobre y/o en efectivo por la plataforma 	<p>declarados (en forma de pago en «sobre», o usando plataformas que ofrecen opciones de envío de dinero, como, por ejemplo, Revolute or Aircash)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Evasión total o parcial de impuestos y de cotizaciones de seguridad social
Autónomo (como pequeño propietario de la empresa)	<ul style="list-style-type: none"> • No protección por la legislación laboral. • Cotizaciones de seguridad social pagadas pagadas según los mismos tipos que los trabajadores, pero con una base de cotización diferente 	
Autónomo como <i>freelance</i> (trabajo ocasional, realizado sobre la base de un contrato de autor o de un contrato de servicios)	<ul style="list-style-type: none"> • No protección por la legislación laboral • Cotizaciones de seguridad social más bajas 	
Contrato de estudiante	<ul style="list-style-type: none"> • No cotizaciones de seguridad social • No adquisición de pensiones • Alivio de impuestos altos • Se disfruta del derecho a la asistencia sanitaria (pero pagada por otros: esto es, aportaciones de trabajadores y 	

⁴³ Realizado por la autora, con base en entrevistas con trabajadores en plataformas de reparto.

Tipo de contrato / base de empleo para el trabajo en plataformas	Problemas relacionados	Preocupaciones de pago (en todas las situaciones)
	transferencias de impuestos)	

IV. PROBLEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Como ya se indicó en el apartado anterior, las formas de trabajo no estándar, y especialmente el trabajo en plataformas (dado que se puede realizar en cuatro modalidades diferentes), pueden tener efectos en los sistemas de seguridad social: tanto en la parte de la financiación como en la de la adecuación de las prestaciones. La financiación se ve afectada si existen diferencias en las bases de cotización y los tipos de cotización, o si las normas tributarias son más preferenciales para alguna forma de empleo. De manera similar, las prestaciones se ven afectadas si algunas modalidades de trabajo dependiente y de trabajo autónomo no tienen cobertura, o tienen cobertura limitada, de seguridad social, ya que estas personas no adquirirán prestaciones suficientes, aunque es razonable esperar que tendrán necesidades de seguridad social similares, si no mayores. Además, estas diferencias de trato en los impuestos y en la seguridad social pueden considerarse ayudas estatales implícitas, con el efecto de reducir los costos laborales y, por lo tanto, de socavar el trabajo estándar. Por lo tanto, se producen distorsiones del mercado de trabajo.

La legislación croata de seguridad social incluye a los trabajadores, los autónomos y algunos trabajadores atípicos. Sin embargo, el nivel real de sus prestaciones para riesgos de seguridad social específicos está definido por la Ley de Cotizaciones⁴⁴, y difiere dependiendo de tres elementos: 1) la clase de cotizaciones pagadas; 2) el tipo de cotización; y 3) la base de cotización, esto es, el importe prescrito para el cálculo de las cotizaciones. La clase de ingreso, tal como se define en la Ley del Impuesto sobre la

⁴⁴ Ley de Cotizaciones (Zakon o doprinosima, Narodne Novine – *Boletín Oficial de la República de Croacia*, núms. 84/2008, 152/2008, 94/2009, 18/2011, 22/2012, 144/2012, 148/2013, 41/2014, 143/2014, 115/2016, 106/18).

Renta⁴⁵, determina la base de cotización. En consecuencia, las rentas del trabajo, del trabajo autónomo y los contratos no estándar se pueden dividir en cuatro categorías: 1) ingresos del trabajo dependiente (esto es, rentas del trabajo para los trabajadores); 2) ingresos por actividad autónoma registrada; 3) otros ingresos para autónomos que realicen trabajos ocasionales o bajo demanda; y 4) ingresos no sujetos a impuestos, por ejemplo, por el trabajo de los estudiantes⁴⁶.

Con base en estas diferenciaciones y en esta clasificación, he realizado una tabla que resume las diferentes formas de empleo y las conecta con las bases de cotización y los tipos de cotización de la seguridad social⁴⁷.

Tabla 2. Bases y tipos de cotización a la seguridad social, tras las enmiendas de 2018⁴⁸

	Trabajadores	Autónomos	Trabajo de estudiantes	Otros perceptores de ingresos (autoempleo ocasional basado en contratos de servicios o en contratos de autor)
Base de cotización a la seguridad social	Salario	Para miembros del consejo de una empresa = importe de	Ingresos de los estudiantes	Otros ingresos

⁴⁵ Ley del Impuesto sobre la renta (Zakon o porezu na dohodak, Narodne Novine – *Boletín Oficial de la República de Croacia*, núms. 115/2016, 106/2018, 121/2019, 32/2020, 138/2020).

⁴⁶ Para más detalles sobre los diferentes tipos de ingresos, véase VUKOREPA, I., TOMIĆ, I., STUBBS, P., *ESPN Thematic Report on Access to social protection of people working as self-employed or on non-standard contracts (Croatia)*, págs. 7-9; GRGUREV, I., VUKOREPA, I., *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects*, *op. cit.*, págs. 254-257.

⁴⁷ He eliminado algunas especificidades, en cuanto que irrelevantes para el asunto de este trabajo, como las relativas a los autónomos agrícolas, y las personas empleadas a los efectos de su formación profesional, pero sin contrato de trabajo.

⁴⁸ Hecha por la autora, con base en las disposiciones aplicables de la legislación croata.

	Trabajadores	Autónomos	Trabajo de estudiantes	Otros perceptores de ingresos (autoempleo ocasional basado en contratos de servicios o en contratos de autor)
		<p>las ganancias, pero como mínimo el 65% del salario promedio en Croacia</p> <p>Para actividad autónoma registrada u oficios = 65% del salario promedio en Croacia</p> <p>Para profesiones libres = 110% del salario promedio en Croacia</p>		
Tipos de cotización a la seguridad social, en función del tipo de aseguramiento				
<ul style="list-style-type: none"> Pensiones -1° Pilar (<i>pago a partir de ingresos brutos o base de cotización</i>) 	15%	15%	-	7.5%
<ul style="list-style-type: none"> Pensiones -2° Pilar (<i>pago a</i> 	5%	5%	-	2.5%

	Trabajadores	Autónomos	Trabajo de estudiantes	Otros perceptores de ingresos (autoempleo ocasional basado en contratos de servicios o en contratos de autor)
<i>partir de ingresos brutos o base de cotización)</i>				
<ul style="list-style-type: none"> Cotización especial de pensiones para trabajadores en puestos de riesgo y peligrosos 	del 4.86% al 17.58%	-	5% (cubre riesgos de lesión corporal, incapacidad y muerte)	-
<ul style="list-style-type: none"> Asistencia sanitaria (<i>pago en lo más alto de los ingresos brutos o base de cotización)</i> 	16.5%	16.5%	-	7.5%
<ul style="list-style-type: none"> Cotización de prevención de riesgos laborales 	-	-	0.5%	-
<ul style="list-style-type: none"> Seguro de desempleo 	Nota: desde 2019, se financia con impuestos, de manera que ya no se recaudan cotizaciones de seguridad social			

Como se puede ver en la tabla anterior, los trabajadores atípicos y los autónomos ocasionales están cubiertos en su mayoría por el sistema de seguridad social en Croacia. Sin embargo, existen grandes diferencias en la clase de cotizaciones pagadas, la base de cotización y el tipo de cotización. Por tanto, algunas de las formas atípicas de empleo realizadas a través de contratos de estudiantes, de contratos de servicios y de contratos de autor representan una mano de obra más barata, en comparación con el empleo mediante contrato de trabajo. Además de ser en sí mismo un incentivo para emplear en formas atípicas de trabajo, adicionalmente desencadena el problema de un menor nivel de prestaciones futuras para dichos

trabajadores, especialmente en pensiones (ya que dependen directamente de las cotizaciones pagadas y del período de seguro). Además, una menor adecuación de las prestaciones probablemente provocaría la necesidad de transferencias presupuestarias estatales a los sistemas de seguridad social.

V. CONCLUSIÓN

Como antes se describió, junto con otros factores, la digitalización ha afectado significativamente al mercado de trabajo croata. Los avances tecnológicos no se pueden detener. Nos trajeron cambios de formas típicas de trabajo a formas atípicas. Lo atípico probablemente se convertirá algún día en el «nuevo típico». El trabajo en plataformas es su ejemplo más visible. Érase una vez un caso poco común que comenzó con los conductores de Uber, mientras que después de la crisis de la COVID-19 se ha convertido en parte del escenario cotidiano de la calle. El trabajo en plataformas está presente en diferentes sectores y se puede realizar en calidad de trabajador y de autónomo, así como también como trabajo de estudiante. Asimismo, las propias plataformas han ido adaptando sus modalidades de negocio para evitar ser considerados y responsabilizados como empleadores. Además, el trabajo en plataformas ofrece la posibilidad de agregación de empleos e ingresos. Por lo tanto, es muy poco probable que alguna vez pueda regularse de manera uniforme. Así, para evitar en lo posible las distorsiones del mercado, creo que es necesario eliminar diferentes estándares de protección, al menos en la seguridad social, que influyen mucho en los costes laborales, por un lado, y en la sostenibilidad y la adecuación de las prestaciones, por otro lado.

Desafortunadamente, a pesar de la reforma de 2018 en el campo de la legislación fiscal (incluidas las cotizaciones a la seguridad social), en Croacia todavía existe una variedad de bases y tipos de contribución que hacen que el trabajo con contratos no estándar (como un contrato de servicio, un contrato de autor y un contrato de estudiante) resulte mucho más atractivo, ya que económicamente es más barato y carece de protección laboral (o mínima, y sólo parcial, en caso de trabajo de estudiantes). Para eliminar algunas de estas disparidades, soy de la opinión de que los ingresos de todas las formas de trabajo (incluido el trabajo autónomo y el trabajo no estándar) deberían recibir el mismo trato, y deberían tener la misma obligación de pagar las cotizaciones a la seguridad social. Esto requeriría cambios legislativos y un cambio de un sistema de seguridad social basado

en el tipo de trabajo a uno basado más en los ingresos. Señaladamente, hacer que la cobertura sea más amplia y flexible en ellos tendría tres efectos positivos. En primer lugar, ampliaría el círculo de personas que pagan cotizaciones a la seguridad social: esto podría reducir las transferencias del presupuesto estatal para cubrir los déficits de la seguridad social (por ejemplo, cubrir los costes de la asistencia sanitaria, que en la práctica se proporciona de forma universal). En segundo lugar, la gente podría esperar mayores prestaciones de seguridad social en el futuro. En tercer lugar, eliminaría el trato desigual de los trabajadores estándar y no estándar en términos de protección social y evitaría las distorsiones del mercado de trabajo provocadas por los diferentes costes laborales debido a la diferencia en el pago de cotizaciones.

VI. LISTA BIBLIOGRÁFICA

— Libros, artículos and y estudios de investigación:

- BJELINSKI RADIC, I., *Izazovi radnog i socijalnog prava u svjetlu digitalizacije rada (Changes to Labour and Social Security Law in the light of Digitalisation of Labour)*, Zagrebačka pravna revija, vol. 7, núm. 3, 2018, págs. 309-331.
- BUTKOVIĆ, H., SAMARDŽIJA, V., *The Digital Transformation of the Labour Market in Croatia*, Institute for Development and International Relations – IRMO, 2019, <https://irmo.hr/publications/the-digital-transformation-of-the-labour-market-in-croatia/>.
- DE STEFANO, V., *The Rise of the «Just-in-Time Workforce»: On-Demand Work, Crowdfwork, and Labor Protection in the “Gig Economy”*, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 37, núm. 3, 2016, págs. 471-503.
- DE STEFANO, V., *Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy and the Law*, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 37, núm. 3, 2016, págs. 1-10 (Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2767383).
- EESC – European Economic and Social Committee, *Impact of digitalisation and the on-demand economy on labour markets and the consequences for employment and industrial relations*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo; European Economic and

- Social Committee, Bruselas, 2017, <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/qe-02-17-763-en-n.pdf>.
- Eurofound, *New Forms of Employment*, Publishing Office of the European Union, Luxemburgo, 2015, <http://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment>.
 - Eurofound, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2018, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2018/employment-and-working-conditions-of-selected-types-of-platform-work>.
 - Eurofound, *Overview of new forms of employment – actualización 2018*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2018, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/customised-report/2018/overview-of-new-forms-of-employment-2018-update>.
 - FLORISSON, R., MANDL, I., *Platform work: Types and implications for work and employment, Literature review*, Eurofound 2018, <https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/wpef18004.pdf>.
 - GRGUREV, I., VUKOREPA, I., *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects*, en: SANDER, G., TOMLJENOVIC, V., BODIROGA-VUKOBRAT, N. (Editores), *Transnational, European, and National Labour Relations*, Springer Verlag, 2018, págs. 241-262; https://doi.org/10.1007/978-3-319-02219-2_13.
 - HAUBEN, H. (Editor) *et al.*, *The platform economy and precarious work (requested study by the EMPL committee)*, EU, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652734/IPOL_STU\(2020\)652734_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652734/IPOL_STU(2020)652734_EN.pdf).
 - ILO, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office, Ginebra, 2016, http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_534326/lang-en/index.htm.
 - ILO, *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, International Labour Office, Ginebra, 2021,

https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang--en/index.htm.

- KATZ, F.L., KRUEGER, A.B., *The Rise and Nature of Alternative Work Arrangements in the United States, 1995-2015*, 2016, disponible via http://scholar.harvard.edu/files/lkatz/files/katz_krueger_cws_v3.pdf (acceso 28 julio 2016), publicado últimamente como: KATZ, F.L., KRUEGER, A.B., *The Rise and Nature of Alternative Work Arrangements in the United States, 1995-2015*, ILR Review, vol. 72, núm. 2, 2019, págs. 263-265, <https://doi.org/10.1177/0019793918820008>.
- KIHOFFER, Z. *et al.*, Study to gather evidence on the working conditions of platform workers, VT/2018/032, Final Report, CEPS, EFTHA, and HIVA-KU Leuven, European Union, Marzo 2020, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=hr&pubId=8280>.
- LHERNOULD, J.-Ph., STRBAN, G., VAN DER MEI, A.P., VUKOREPA, I., *Analytical Report 2017: The interrelation between social security coordination law and labour law*, European Union, 2017, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=19404&langId=en>.
- LHERNOULD, J., *Intra-EU Cross-Border Platform Work: Hiding Issues of Undeclared Work*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2020, 70 (4), 455-479. <https://doi.org/10.3935/zpfz.70.4.01>.
- O'BRIEN, Ch., SPAVENTA, E., DE CONINCK J., *Comparative Report 2015: The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, European Union, 2016, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15476&langId=en>.
- PESOLE, A. *et al.*, *Platform Workers in Europe*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2018, https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112157/jrc112157_pubsy_platform_workers_in_europe_science_for_policy.pdf.
- RISAK, M., *Crowdworking: Towards a New Form of Employment*, en: BLANPAIN, R., HENDRICKX, F. (Editores), *New Forms of Employment*, Kluwer, 2019, págs. 93-102.
- SCHOUKENS, P., BARRIO, A., *The changing concept of work: when does typical work become atypical*, European Labour Law Journal, vol. 8, núm. 4, 2017, págs. 306-332, <https://doi.org/10.1177/2031952517743871>.

- SCHOUKENS, P., BARRIO, A., MONTEBOVI, S., *The EU social pillar: An answer to the challenge of the social protection of platform workers?*, *European Journal of Social Security*, vol. 20, núm. 3, 2018, págs. 219-241, <https://doi.org/10.1177/1388262718798393>.
- SPASOVA, S. *et al.*, *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe – A study of national policies*, Bruselas, EU Commission, 2017, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=7993&furtherPubs=yes>.
- SPITKO, E.G., *Reputation Systems Bias in the Platform Workplace*, *BYU Law Review* (Forthcoming 2019), <https://ssrn.com/abstract=3360633> (acceso 5 julio 2019).
- STRBAN, G., CARRASCOSA BERMEJO, D., SCHOUKENS, P., VUKOREPA, I., *Moves analytical report 2018: Social security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: Interrelation, challenges and prospects*, European Union, julio 2020, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=22854&langId=en>.
- VUKOREPA, I., JORENS, Y., STRBAN, G., *Pensions in the Fluid EU Society: Challenges for (Migrant) Workers*, en: DA COSTA CABRAL, N., CUNHA RODRIGUES, N. (Editores), *The Future of Pension Plans in the EU Internal Market*, *Financial and Monetary Policy Studies*, vol. 48. Springer, págs. 325-349, https://doi.org/10.1007/978-3-030-29497-7_18.
- VUKOREPA, I., *Migracije i pravo na rad u Europskoj uniji (Migrations and Right to Work in the European Union)*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 68, núm. 1, 2018, págs. 85-120, <https://hrcak.srce.hr/195559>.
- VUKOREPA, I., *Rethinking Labour Law in the Context of 4th Industrial Revolution*, *International conference «Novelties in Labour Law»*, Zagreb (Croatia), 23 marzo 2018, https://www.pravo.unizg.hr/news/23684/PPT_Rethinking%20LL%20in%20the%20context%20of%204th%20ind%20Revolution_Vukorepa_2018.pdf.
- VUKOREPA, I., *Cross-Border Platform Work: Riddles for Free Movement of Workers and Social Security Coordination*. *Zbornik*

Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2020, 70 (4), págs. 481-511.
<https://doi.org/10.3935/zpfz.70.4.02>.

- VUKOREPA, I., TOMIĆ, I., STUBBS, P., *ESPN Thematic Report on Access to social protection of people working as self-employed or on non-standard contracts (Croatia)*, European Union, 2017, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=17687&langId=en>.
- VUKOREPA, I., WOLLENSCHLÄGER, F., *Comparative Legal Report 2019: Report on the preliminary assessment of the national transposition measures of Directive 2014/50/EU*, Moves Report 2019, European Union (de próxima publicación oficial).
- World Economic Forum, *Eight Futures of Work: Scenarios and their Implications (White Paper)*, 2018, http://www3.weforum.org/docs/WEF_FOW_Eight_Futures.pdf.

— Legislación:

- Ley de Cotizaciones (Zakon o doprinosima, Narodne Novine – *Boletín Oficial de la República de Croacia*, núms. 84/2008, 152/2008, 94/2009, 18/2011, 22/2012, 144/2012, 148/2013, 41/2014, 143/2014, 115/2016, 106/18).
- Ley de Medios comunicación (Zakon o medijima, Narodne Novine – *Boletín Oficial de la República de Croacia*, núms. 59/04, 84/11, 81/13).
- Ley de Trabajos para estudiantes (Zakon o obavljanju studentskih poslova, Narodne Novine – *Boletín Oficial de la República de Croacia*, núms. 96/2018, 16/2020).
- Ley del Impuesto sobre la renta (Zakon o porezu na dohodak, Narodne Novine – *Boletín Oficial de la República de Croacia*, núms. 115/2016, 106/2018, 121/2019, 32/2020, 138/2020).
- Ley del Trabajo (Zakon o radu, Narodne Novine – *Boletín Oficial de la República de Croacia*, núms. 93/14, 127/17, 98/19).
- Pilar Europeo de Derechos Sociales, *Diario Oficial*, serie C 428, 13.12.2017, págs. 10-15, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32017C1213\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32017C1213(01)).

— Datos estadísticos:

- Eurostat, Persons employed part-time as percentage of total employment
<https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00159/default/table?lang=en>.
- Eurostat, Temporary employees as percentage of the total number of employees,
<https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tesem110/default/table?lang=en>.
Eurostat, Involuntary temporary employment,
<https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tesem190/default/table?lang=en>.

I. INTRODUCTION

Digital economy (also referred to as collaborative, gig or on-demand economy) was primarily enabled by digital technology. It is often “accused” as the main reason for digitalisation and precariousness of work. However, although new working arrangements were enabled by digitalisation, especially platform work as its most prominent example, I think that it is not its sole cause. As there are more roots to the employment related changes so there are also several effects of digitalisation, such as: business reorganisations and employment market changes, followed by impacts on future social security benefits and taxation concerns.

The main purpose of this paper is to give broad overview of the impact of digitalisation on employment in Croatia. The main hypothesis is that we need to introduce some legislative changes in order to reach the two goals from the European Pillar of Social rights: i.e. “secure and adaptable employment” (principle no. 5 EPSR) and “social protection regardless of employment” (principle no. 12 EPSR).⁴⁹ This paper represents written elaboration of my conference presentation in A Coruña in 2019.⁵⁰ It is based on and incorporates some of my previous research results⁵¹, which are complemented by some new findings and available statistical data.

⁴⁹ European Pillar of Social Rights, OJ C 428, 13.12.2017, pp. 10-15.

⁵⁰ Vukorepa, I., *The impact of digital economy on employment in Croatia*, XIV International Congress on Comparative Labor Law: “The impact of digital economy on employment”, organised by Prof. Jesús Federico Martínez Girón and Prof. Alberto Arufe Varela, Universidade da Coruña, Spain, 2019, https://www.bib.irb.hr/1038856/download/1038856.Impact_of_digital_economy_on_employment_in_Croatia_Vukorepa.pdf.

⁵¹ E.g. Vukorepa, I., *Rethinking Labour Law in the Context of 4th Industrial Revolution*, International conference “Novelties in Labour Law”, Zagreb (Croatia), 23rd March 2018, https://www.pravo.unizg.hr/news/23684/PPT_Rethinking%20LL%20in%20the%20context%20of%204th%20ind%20Revolution_Vukorepa_2018.pdf; Vukorepa, I., *Cross-Border Platform Work: Riddles for Free Movement of Workers and Social Security Coordination*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2020, 70 (4), pp. 481-511. <https://doi.org/10.3935/zpfz.70.4.02>; Vukorepa, I.; Tomić, I.; Stubbs, P., *ESPN Thematic Report on Access to social protection of people working as self-employed or on non-standard contracts (Croatia)*, European Union, 2017, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=17687&langId=en>; Grgurev, I.; Vukorepa, I., *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects*, ACDCT, VOL. XI (2019), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 89-137

The paper is structured in the following way: after this introductory part, the second chapter gives a broad digest of causes to employment related changes (digitalisation being one of them) and thereto related effects. Since platform work is the main product of digitalisation of work and can take different employment forms, the third chapter deals with main features and forms of employment for platform works and thereto related concerns. The fourth chapter evaluates the effects of such work on social security, i.e. its financing and future benefit adequacy (especially taking into account the problems in limited coverage, lower contributions rates etc.). Finally, the concluding part provides summary of main findings and gives recommendation for changes *de lege ferenda*.

II. CAUSES AND EFFECTS OF EMPLOYMENT RELATED CHANGES

After the world financial crises, various types of atypical forms of work have gained prominence among wide range of scholars⁵² and collective actors (e.g. Eurofound⁵³, ILO⁵⁴, World Economic forum⁵⁵).

in: Sander, G.; Tomljenovic, V.; Bodiřoga-Vukobrat, N. (eds.), *Transnational, European, and National Labour Relations*, Springer Verlag, 2018, pp. 241-262.

⁵² E.g. see: Katz, F. L.; Krueger, A. B., *The Rise and Nature of Alternative Work Arrangements in the United States, 1995-2015*, 2016, available at: http://scholar.harvard.edu/files/lkatz/files/katz_krueger_cws_v3.pdf; De Stefano, V., *The Rise of the "Just-in-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the "Gig Economy"*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, no. 3, 2016, pp. 471-503, available at: <https://ssrn.com/abstract=2682602>; Schoukens, P.; Barrio, A., *The changing concept of work: when does typical work become atypical*, *European Labour Law Journal*, vol. 8, no. 4, 2017, pp. 306-332, available at: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2031952517743871>.

⁵³ Eurofound, *New Forms of Employment*, Publishing Office of the European Union, Luxembourg, 2015, available at: <http://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment>; Eurofound, *Overview of new forms of employment – 2018 update*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, available at: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/customised-report/2018/overview-of-new-forms-of-employment-2018-update>.

⁵⁴ ILO, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office, Geneva, 2016, available at: http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_534326/lang--en/index.htm.

⁵⁵ World Economic Forum, *Eight Futures of Work: Scenarios and their Implications (White Paper)*, 2018, available at: http://www3.weforum.org/docs/WEF_FOW_Eight_Futures.pdf.

Namely, in addition to already known and regulated non-standard forms of work (e.g. fixed-term work, part-time work, temporary agency work, telework, traineeships and student work), emerged have some atypical forms of work (e.g. on-demand work, voucher work and platform work).

All these employment related changes have been urged by several factors, that I categorized in two big groups: 1) market pressure and 2) new technologies. Namely, among market pressure elements that significantly influenced changes have been global competition, financial and economic crisis started in 2008 and consequently uncertainty in demand resulting in the employer's needs to reduce production costs and increase efficiency and profits. However, changes would not have been so weighty without digital innovations of the 4th industrial revolution: artificial intelligence in the form of automatization and robotisation of many production processes (e.g. partial packaging of parcels and tracking systems, self-usage cash registers), cyber space creation and digital platforms.⁵⁶

It can be argued that market pressure coupled with digitalisation has been having four-fold effect on both the world of doing business and the world of work.⁵⁷ Firstly, noticeable have been business structure changes in

⁵⁶ Vukorepa, I., *Rethinking Labour Law in the Context of 4th Industrial Revolution*, International conference "Novelties in Labour Law", Zagreb (Croatia), 23rd March 2018.

⁵⁷ I did this classification based on my own expert experience and descriptions from desk research, such as:

- EESC – European Economic and Social Committee, *Impact of digitalisation and the on-demand economy on labour markets and the consequences for employment and industrial relations*. Publications Office of the European Union, Luxembourg; European Economic and Social Committee, Brussels, 2017, available at: <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/qe-02-17-763-en-n.pdf>;
- Bjelinski Radić, I., *Izazovi radnog i socijalnog prava u svjetlu digitalizacije rada (Changes to Labour and Social Security Law in the light of Digitalisation of Labour)*, Zagrebačka pravna revija, vol. 7, no. 3, 2018, pp. 309-331;
- Spasova, S. et al., *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe – A study of national policies*, EU Commission, Brussels, 2017, available at: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=7993&furtherPubs=yes>;
- Grgurev, I.; Vukorepa, I., *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects*, op. cit.;
- Vukorepa, I.; Tomić, I.; Stubbs, P., *ESPN Thematic Report on Access to social protection of people working as self-employed or on non-standard contracts (Croatia)*, op. cit.;

the form of organisational fragmentation (such as franchising and outsourcing, as well as moving establishments to destinations with lower employment law protection), followed by implementation of new technologies (digital platforms and robots) as well as flexibilization of work, not only regarding working time but also concerning place of work, so that workers are not any more assigned a fixed or habitual place of work.⁵⁸ Another form of flexibilization is when employers replace some or majority of standard workers (full-time with open-ended contracts) with non-standard workers (part-time, fixed-term, agency workers, as well as on-demand workers and platform workers). Second level of changes is connected with labour markets in the form of loss of certain jobs and creation of new jobs with specific worker's skills, labour market fragmentation and polarisation,⁵⁹ and creation of new on-demand related forms of work. Thirdly, there have been changes in employment relationships regarding growing offer of on-demand forms of employment, one of examples being platform work, often connected with precariousness, bogus self-employment and flexibilization of working time. Fourthly, all these changes represent challenges regarding financing of social security systems as well as future level of benefits for those working in atypical forms of work. This is due to fully or partially undeclared work or personal coverage problems related to working time or income related thresholds which can all effect future social benefit levels.

All these various business and employment related changes have been present in Croatia as well. Apart from working based on employment contract, in Croatia there are three civil law contracts that are used as a work basis in non-standard types of work. These are: contract for services,

-
- Schoukens, P.; Barrio, A.; Montebovi, S., *The EU social pillar: An answer to the challenge of the social protection of platform workers?*, European Journal of Social Security, vol. 20, no. 3, 2018, pp. 219-241.

⁵⁸ E.g. well known Spanish case adjudicated by the Court of Justice of the EU, C-266/14, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, ECLI:EU:C:2015:578, 10.9.2015.

⁵⁹ Polarisation (fragmentation) of labour markets refers to presence and different levels of protection of standard versus non-standard workers, highly skilled workers or work positions requiring special talents that are still hired predominately as standard full time workers with open-ended contracts, as opposed to low or middle skilled workers working more and more in non-standard forms. There is also income level polarisation: high wage earners v. low wage earners.

author's contract and the student contract.⁶⁰ They are all connected with lower cost of labour due to lower taxes and no or reduced rates of social security contributions⁶¹ (for more see below chapter 4). Therefore, on Croatian labour market in some professions, like journalism, already a decade ago started a phenomenon of a declining number of workers on employment contracts and increasing number of self-employed,⁶² that perform work based on author's contract or contract for service.⁶³ Noticeable is also rise of student work, especially in retail sector in super-markets and popular clothing brand stores.

Part-time employment, although regulated in Croatian labour law legislation since its beginnings has always been very rare, much below EU averages. In 2015 it amounted to 12.8% and in 2019 to 7.4% (compared to 32.1% and 32.6% respectively in EU-28).⁶⁴ However, when it comes to contracts with limited duration (including seasonal workers, agency workers etc.) the situation is different: EU-28 average has been around 11% since 2015, while in Croatia in 2015 it was 16.9% showing a slight drop to 15.5% in 2019.⁶⁵ Unfortunately, involuntary temporary employment has been rising in Croatia. In 2015 it was 8.8% rising to 15% in 2019, compared to EU-28 where one can observe decreasing tendency (from 7.7% in 2015 to 7% in 2019).⁶⁶ Empirical research on the new forms of work (based on Eurofound 2015 classification) that was conducted in Croatia during 2018 (however on a small number of participants, N=500) showed that more than 86% of all respondents have been employed by an employer, 12% were self-

⁶⁰ For more elaboration on that issue see: Grgurev, I.; Vukorepa, I., *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects*, *op. cit.*, pp. 245-252.

⁶¹ See: Vukorepa, I.; Tomić, I.; Stubbs, P., *ESPN Thematic Report on Access to social protection of people working as self-employed or on non-standard contracts (Croatia)*, *op. cit.*

⁶² Butković, H.; Samardžija, V., *The Digital Transformation of the Labour Market in Croatia*, Institute for Development and International Relations – IRMO, 2019, <https://irmo.hr/publications/the-digital-transformation-of-the-labour-market-in-croatia/>, p. 145.

⁶³ This has been enabled by Article 2 of the Media Act (Zakon o mediima, "Narodne novine" – the official gazette of the Republic of Croatia, Nos 59/04, 84/11, 81/13).

⁶⁴ Eurostat, Persons employed part-time as percentage of total employment <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00159/default/table?lang=en>.

⁶⁵ Eurostat, Temporary employees as percentage of the total number of employees, <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tesem110/default/table?lang=en>.

⁶⁶ Eurostat, Involuntary temporary employment, <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tesem190/default/table?lang=en>.

employed whereas somewhat less than 2% did not fit in either of these two categories. Slightly above one third of the self-employed respondents work as sole employees in their companies or crafts, while 29% are directors of their own companies or crafts which employ other workers. Another fourth of the self-employed respondents (25%) are employed as sub-contractors, workers on the civil contracts, agency workers or business partners.⁶⁷ Younger respondents (especially those between 25 and 34 years of age) participated most frequently in the new forms of work. The largest number of respondents participated in casual work, i.e. on-call work (25%), 18% of the respondents participated in the ICT-based mobile work, 16% in job sharing and 11% at least once worked in crowd employment (i. e. platform work). Less than 10% of respondents participated in some other new forms of work, such as collaborative employment, interim management, employee sharing, portfolio work and voucher-based work.⁶⁸

However, from all these new forms of work, platform work is perceived as the most prominent and controversial consequence of digitalisation of work. It is characterized by a triangular relationship between digital platform, platform worker, and client/user. Since it takes diverse employment forms, it poses labour law, social security law and taxation concerns in the national context. Platform work has been addressed in some studies under the terms of “crowd employment”, “crowdsourcing”, or crowdworking,⁶⁹ but recently more often is used broader term: “platform work”, so I will use it also here. Based on COLLEEM data, estimations on platform work show that on average as much as 10% of the adult population would have ever used online platforms for the provision of some type of service involving some type of work, less than 6% would spend a significant amount of time on it (at least one fourth of the standard workweek of 40 hours) or earn a significant amount of income (at least 25% of the total) via this kind of work. Hence, as a main form of employment or main source of income, platform work was until 2018 low in most countries, affecting around 2% of the adult population on average.⁷⁰ However, there have been

⁶⁷ *Ibidem*, p. 150. For other specificities and working conditions, see pp. 149-162.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 157-158.

⁶⁹ E.g. De Stefano, V., The Rise of the “Just-in-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the “Gig Economy”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, no. 3, 2016, pp. 471-503; De Stefano, V., Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy and the Law, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, no. 3, 2016, pp. 1-10 (Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2767383).

⁷⁰ Estimations taken over from: Pesole, A. *et al.*, *Platform Workers in Europe*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, ACDCT, VOL. XI (2019), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 89-137

significant differences across countries: the UK has the highest incidence of platform work, while other countries with high relative values are DE, NL, ES, PT and IT. By contrast, FI, SE, FR, HU, SK show very low values compared to the rest.⁷¹ Based on the same study, for Croatia in 2018 it has been estimated that as a percentage of the total adult population there were 8% of platform workers, however only 5% would do it with some frequency. Women to men ratio approximates 0.29, which means that approximately one woman for every three men working mainly on platforms.⁷²

Since then, platform work has been on rise in Croatia. This was especially urged by the Covid-19 pandemic lock-downs and restrictions, when the use of platform workers in transportation and delivery sector has risen tremendously. This has become obvious by simple observations on the intensification of various delivery rides on the streets, but also reported in the news: e.g. according to some estimates in food delivery sector platform work turnover has grown even 500%.⁷³ It has been reasonable to expect that incidences of platform work will be rising in the future, especially among younger workers. However, noticeable is also employment of older platform workers, especially in the delivery sector. It has become more usual to see them on bicycles but even more often in small dilapidated cars. Situations where a person combines several working arrangements is a likely scenario in practice, but also now during Covid-19 crisis a new scenario has become possible: combining retirement (especially early retirement due to Covid-19 lockdown business related dismissals) and platform work in delivery sector where demand for workers has been rising. Therefore, I will elaborate and analyse platform work and employment forms in Croatia into more details.

III. PLATFORM WORK: FEATURES, EMPLOYMENT FORMS AND CONCERNS

https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112157/jrc112157_pubsy_platform_workers_in_europe_science_for_policy.pdf, pp. 3, 19.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*, pp. 14-20, 20-23.

⁷³ According to: An. S (Hina news), Dostavljačima hrane u pandemiji promet porastao 500 posto, published on 13.5.2021, available via: <https://www.tportal.hr/vijesti/clanak/dostavljacima-hrane-u-pandemiji-promet-porastao-500-posto-najbolje-idu-hamburgeri-pizze-banane-krumpir-i-jaja-20210513>.

Platform work is characteristic type of flexible contractual triangular relationship involving three parties: online digital platform, client (service/work user) and worker (provider of a service/work). It has been used in very competitive markets, such as transportation, delivery, accommodation, household services, specialised professional tasks etc. Service/work is usually broken into tasks and provided on an on-demand basis, thus usually associated with unstable (precarious) income. Platform work can take diverse employment forms (employment, self-employment or freelancers), hence posing various labour law, social security law and taxation concerns in the national context.⁷⁴ When coupled with cross-border elements, platform work becomes even more complex.⁷⁵

Based on numerous studies of scholars and collective actors mentioned previously in this article, platform work in its broadest meaning can be defined as work (labour or service) provided on-demand in exchange of a payment through, on or intermediated by digital platforms. Platform work (service or labour) can take very varied forms (e.g. manual/digital, on-site/off-site, on-line/on-local service, large/small scale). It is characterized by a triangular flexible contractual relationship between digital platform, platform worker (person providing service /work) and the client (service/work user).⁷⁶ Essential part of platform work is not just online intermediation of digital technology and algorithms in organizing platform work, but also in surveillance and evaluation of platform workers.⁷⁷ Furthermore, based on desk research four most common types of platform work have been identified that are all present in Croatia:

⁷⁴ Eurofound, *Overview of new forms of employment – 2018 update*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, *op. cit.*, pp. 15-16.

⁷⁵ For more see: Vukorepa, I. *Cross-Border Platform Work: Riddles for Free Movement of Workers and Social Security Coordination*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2020, 70 (4), pp. 481-511. <https://doi.org/10.3935/zpfz.70.4.02>; Lhernould, J., *Intra-EU Cross-Border Platform Work: Hiding Issues of Undeclared Work*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2020, 70 (4), 455-479. <https://doi.org/10.3935/zpfz.70.4.01>.

⁷⁶ See also: Eurofound, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, available at: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2018/employment-and-working-conditions-of-selected-types-of-platform-work>; Florisson R.; Mandl, I., *Platform work: Types and implications for work and employment, Literature review*, Eurofound, 2018, <https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/wpefl8004.pdf>, pp. 48-67.

⁷⁷ *Ibid.* See also Spitko, E. G., *Reputation Systems Bias in the Platform Workplace*, *BYU Law Review* (Forthcoming 2019), available at: <https://ssrn.com/abstract=3360633> (accessed 5 July 2019).

- 1) *Platform work offering local service in transportation and delivery of goods.* It is performed by a (taxi) driver carrying passengers⁷⁸ or couriers delivering goods in general⁷⁹ or more specialized platforms for food delivery⁸⁰). In this form of platform work, the platform initiates the distribution of work to the platform workers, independent of whether the effective payment by the end user or customer is channelled directly to the platform worker or via the platform business; it is performed on-demand and usually by low to medium skilled workers (hereinafter referred to as “Taxi Driver/Delivery Rider platform worker”);
- 2) *Platform work offering household service that is performed on-location of the end user or customer,* where the offered service requires low skills (e.g. domestic cleaning⁸¹, babysitting, or dog walking), or more specialized training such as roofing, plumbing, electrical work, etc. (hereinafter referred to as “Household services platform worker”);
- 3) *Platform work divided into very small units of work, performed remotely and delivered online,* consisting of low- or medium-skilled work such as data entry, clerical work, filling out surveys, tagging photographs, and other services, usually referred to as click-work, or crowd-work (hereinafter referred to as “Click-worker”);
- 4) *Platform work consisting of high-skilled work performed remotely and delivered online,* such as graphic design, IT (software) development, or architecture, as well as counselling or advisory services (e.g. legal or medical), where the supply and demand of these services is facilitated or managed entirely by a platform business (hereinafter referred to as “IT specialist/graphic designer/counsellor platform worker”).

Platform work has not yet been specifically regulated in Croatia. Hence, it is very important to differentiate among several possible and different employment modalities of platform workers. Namely, depending

⁷⁸ E.g. Uber and Bolt platforms. Interestingly, the emergence of these platforms in Croatia resulted that some traditional taxi professional associations (like Radio Taxi Zagreb) created their own digital platforms to start connecting potential clients with self-employed registered taxi drivers.

⁷⁹ E.g. Glovo and Bolt platforms.

⁸⁰ E.g. Wolt and Pauza platform.

⁸¹ E.g. Beeping platform.

on the sectors, platform's practices announced usually on their websites, as well as national labour law and taxation rules, platform workers could be in Croatia employed in four ways:⁸²

- 1) platform worker as an employee of the platform company (which is very rare), or more often as an employee of a platform partner (separate company or registered craft) which is not the platform itself (e.g. employment relationship with the platform partner);
- 2) platform worker as a registered self-employed person or a freelancer performing platform work as occasional job based on contract for service or author's contract;
- 3) platform workers as self-employed small company owner (j.d.o.o.);
- 4) platform worker performing work based on a student contract.

Hence, enforcement of rights and entitlements will in practice depend on which of the four working modalities the platform worker works. Self-employed and students enjoy almost no labour law protection. Student work, based on student contracts and operated by intermediaries (either by "student centre" or by a higher education institution that has a student standard centre as an organisational unit, and which has a decision on the approval of mediation activities issued by the Ministry of Science and Education) is historically very present and more widely used since 2018 when new regulation was adopted allowing work both to full time and part time students⁸³ (before that law work under the contract on student work was allowed only to full time students).⁸⁴ Student work is a triangular relationship i.e., the contract is concluded before starting of student work, between the student, intermediary and the client/user undertaking. The contract obliges the student to perform a certain work, the client undertakes to pay compensation for student work, compensation to the intermediary and limited social security contributions, and the intermediary undertakes to perform mediation activities and pay remittances for the student (Articles 11(1) and 11(2) of the Act on Students Jobs). Apart from the right to

⁸² For employment modalities and working conditions of platform workers, see also e.g. Eurofound (2018), *op. cit.*, p. 19; Florisson, R.; Mandl, I., *Platform work: Types and implications for work and employment*, *op. cit.*, p. 94.

⁸³ Act on Student Jobs (Zakon o obavljanju studentskih poslova, "Narodne novine" – the official gazette of the Republic of Croatia, Nos 96/2018, 16/2020).

⁸⁴ Grgurev, I.; Vukorepa, I. *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects*, *op. cit.*, p. 251.

remuneration,⁸⁵ students are entitled to increased payment for work on holidays, night work, overtime work and work on Sundays (Articles 13(1) – 13(3) of the Act on Students Jobs). Occupational health and safety provision apply to them and they are protected from harassment and sexual harassment at work in a same manner as employees (Articles 13(8) – 13(10) of the Act on Students Jobs). Student work is appealing to be used by user companies (also platforms and platform partners) due to the fact that student work is cheaper than regular employment contract based work because there is no income tax or surtax and social security contributions are paid only partially (neither pension nor health insurance contributions are paid, only accident at work social security contribution are obligatory, which means that student work does not create old-age pension rights, but only those related to physical injuries and disabilities).⁸⁶

Additional problem in practice represents undeclared platform work. Income is often not declared and tax authorities find it hard to retrieve it because platform workers have limited incentive to declare income, large percentage of platform workers is not even aware that the income needs to be declared, and platforms are often not required to report the earnings of the workers. Platforms might even be inclined not to report their workers' earnings to avoid being considered employers or to discourage workers from being active on the platform.⁸⁷

Similarly, even if platform work declared in one of the four forms, there still might be problems related to underreporting of working time and payment concerns in the form of under-reporting of wage payments, if part of the salary is paid in the form of “envelope” payment, or by using digital platforms offering sending money options such as e.g. Revolute⁸⁸ or

⁸⁵ The Minister of Science and Education issued the Decision on the minimum amount of compensation for student jobs in 2021 (2.11.2020). It amounts to HRK 25,56 net per hour.
http://www.sczg.unizg.hr/media/uploads/sservis/odluka_o_iznosu_minimalne_naknade_za_obavljanje_studentskih_poslova_za_2021_godinu.pdf (accessed 1 March 2021).

⁸⁶ *Ibidem*. See also: Vukorepa, I.; Tomić, I.; Stubbs, P. *ESPN thematic report on access to social protection of people working as self-employed or on non-standard contracts*, *op. cit.*, p. 5, 9, 12, 15.

⁸⁷ EESC – European Economic and Social Committee (2017), *op. cit.*, p. 54.

⁸⁸ For more on Revolute payment and sending & receiving money options, see: <https://www.revolut.com/en-HR>.

Aircash⁸⁹ which are nontrackable to tax authorities. Hence, there is probability of total or partial tax and social security contribution evasion.

Therefore, taking into account all these issues, in the following table, I have summarized employment forms of platform workers and thereto related problems and payment concerns.

Table 3. Employment forms of platform workers and related problems and concerns⁹⁰

Type of contracts / employment basis for platform work	Related problems	Payment concerns (in all situations)
Employment relationship with the partner company	<ul style="list-style-type: none"> • Underdeclared working hours in order to reduce formal costs (e.g. 10 WH, while working 60 WH,⁹¹ although max. weekly by Labour Act is 40 WH) • Wages paid based on hours or delivery rides worked (but percentage taken by the partner company as their profit for each delivery) • Risk of partial envelope and/ or cash platform payments 	<ul style="list-style-type: none"> • Undeclared payment or underreporting of payments (in the form of “envelope” payment, or by using platforms offering sending money options such as e.g. Revolute or Aircash) • Total or partial tax and social security contribution evasion
Self-employed (as small company owner)	<ul style="list-style-type: none"> • No labour law protection. • Social security contributions paid at regular contribution rate levels as for employees, but different contribution payment base. 	
Self-employed as freelancer (occasional job performed based on author’s contract or contract for service)	<ul style="list-style-type: none"> • No labour law protection • Lower social security contributions 	

⁸⁹ For more on Aircash payment and sending & receiving money options, see: <https://aircash.eu/en/>.

⁹⁰ Made by author.

⁹¹ Author established based on interviews with some delivery platform workers.

Type of contracts / employment basis for platform work	Related problems	Payment concerns (in all situations)
Student contract	<ul style="list-style-type: none"> • No social security contributions • No pension accrual • Huge tax relieves • Health protection rights enjoyed (but paid by others: i.e. contributions of employees and self-employed and by tax transfers) 	

IV. SOCIAL SECURITY CONCERNS

As indicated already in the previous chapter, non-standard forms of work, and especially platform work (since it can be performed in four different modality forms) can have effects on social security systems: both on their financing side and benefit adequacy side. Financing side is affected if there are differences in contribution bases and contribution rates or if taxation rules are more preferential for some form of employment. Similarly, benefit side is affected if some employment and self-employment modalities have no or provide limited social security coverage, since these persons will not accrue enough benefits, although it is reasonable to expect that they will have similar social security needs, if not higher. Moreover, these differences in treatment in taxation and social security can be considered as implicit state subsidies with the effect of lowering labour costs and hence undermining standard labour. Thus, making labour market distortions.

Croatian social security legislation includes employees, self-employed persons and some non-standard workers. However, the actual level of their benefits for specific social risks is defined by the Contributions Act⁹² and differs depending on three elements: 1) the type of contributions paid; 2) the contribution rate; and 3) the contribution base, i.e. the prescribed amount for the calculation of contributions. The income type as

⁹² Contributions Act (Zakon o doprinosima, “Narodne novine” – the official gazette of the Republic of Croatia, Nos 84/2008, 152/2008, 94/2009, 18/2011, 22/2012, 144/2012, 148/2013, 41/2014, 143/2014, 115/2016, 106/18).

defined under Income Tax Act⁹³ determines the contribution base. Accordingly, incomes from employment, self-employment and from non-standard contracts can be separated into four categories: 1) income from dependent work (i.e. employment income for employees); 2) income from self-employment registered activity; 3) other income for self-employed persons performing occasional or on-demand work; and 4) non-taxable income, e.g. for student work.⁹⁴

Based on these differentiations and classification, I have made a table summarizing different employment forms and connecting them with social security contribution bases and contribution rates.⁹⁵

Table 4. Social security contribution rates contribution bases, after 2018 amendments⁹⁶

	Employees	Self-employed	Student work	Other income recipients (occasional self-employment based on contract for service, author's contract)
Social security contribution base	Salary	For board member of a company = earning amount, but min. 65% of average wage in Croatia	Student income	Other income earning

⁹³ Income Tax Act (Zakon o porezu na dohodak, "Narodne novine" – the official gazette of the Republic of Croatia, Nos 115/2016, 106/2018, 121/2019, 32/2020, 138/2020).

⁹⁴ For more explanation on various types of income, see: Vukorepa, I.; Tomić, I.; Stubbs, P., *ESPN Thematic Report on Access to social protection of people working as self-employed or on non-standard contracts (Croatia)*, pp. 7-9; Grgurev, I.; Vukorepa, I., *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects*, *op. cit.*, pp. 254-257.

⁹⁵ I have eliminated some specificities as irrelevant for the topic of this article, such as self-employed in agriculture and forestry, and persons employed for the purpose of occupational training without employment contract.

⁹⁶ Made by author, based on relevant provisions of Croatian legislation.

	Employees	Self-employed	Student work	Other income recipients (occasional self-employment based on contract for service, author's contract)
		For registered self-employment activity or craft = 65% of average wage in Croatia For free professions = 110% of the average wage in Croatia		
Social security contribution rates based on insurance types				
<ul style="list-style-type: none"> Pensions -1st Pillar (paid from gross earnings or contribution base) 	15%	15%	-	7.5%
<ul style="list-style-type: none"> Pensions -2nd Pillar (paid from gross earnings or contribution base) 	5%	5%	-	2.5%
<ul style="list-style-type: none"> Special pension contribution for workers in hazardous and arduous jobs 	from 4.86% to 17.58%	-	5% (covering risks of physical injury, disability and death)	-
<ul style="list-style-type: none"> Health insurance (paid on top of gross earnings or contribution base) 	16.5%	16.5%	-	7.5%

	Employees	Self-employed	Student work	Other income recipients (occasional self-employment based on contract for service, author's contract)
<ul style="list-style-type: none"> Occupational Health and safety contribution 	-	-	0.5%	-
<ul style="list-style-type: none"> Unemployment insurance 	Note: since 2019 it is tax financed, so no more social security contributions are collected			

As you can see from the above table, atypical workers and occasionally self-employed are mostly covered by social security system in Croatia. However, there are huge differences in the type of contributions paid, contribution base and contribution rate. Hence, some of the atypical forms of employment undertaken via student contracts, contracts for service and author's contract represent cheaper labour compared to employment via employment contract. Apart from this being itself incentive to employ in atypical forms of work, additionally it triggers the problem of lower level of future benefits for such workers, especially pensions (since they directly depend on paid contributions and insurance period). Furthermore, lower benefit adequacy would probably result in the need for state budget transfers to social insurance systems.

V. CONCLUSION

As was described above, together with other factors, digitalisation has affected Croatian labour market significantly. Technological advancements cannot be stopped. It brought us shifts from typical forms of work to atypical. Atypical will one day probably become the "new typical". Platform work is its most visible example. Once upon a time it was rare instance starting with Uber drivers, while after Covid-19 crises it has become part of everyday street scenario. Platform work is present in different industries and can be performed in the employee and self-employed capacity, as well as performed as student job. Moreover, platforms themselves have been adapting their business modalities as to

avoid being considered and responsible as employers. In addition, platform work offers possibility of aggregation of employments and income. Hence, it is very unlikely that it could ever be regulated in a uniform way. Thus, in order to avoid market distortions as much as possible, I think it is necessary to eliminate different standards of protection, at least in social security, that highly influence the labour costs, on the one side, and sustainability and benefit adequacy, on the other side.

Unfortunately, despite 2018 reform in the field of tax legislation (including social security contributions), in Croatia there is still a variety of contribution bases and rates that makes work under non-standard contracts (such as a contract for service, author's contract and student contract) much more attractive, since financially cheaper and with no labour law protection (or minimum and only partial in case of student work). In order to eliminate some of these disparities, I am of the opinion that income from all work arrangements (including self-employment and non-standard work) should be treated equally, and should fall under the same obligation to pay social security contributions. This would require legislative changes and a shift from a social security system based on work type towards one based more on income. Namely, making coverage more extensive and flexible in these ways would have three positive effects. Firstly, it would widen the circle of persons paying social security contributions: this could reduce transfers from the state budget to cover social insurance deficits (e.g. covering the costs of healthcare that is in practice provided on a universal basis). Secondly, people could expect higher social security benefits in the future. Thirdly, it would eliminate unequal treatment of standard and non-standard workers in terms of social protection and avoid labour market distortions urged by different labour costs due to difference in contribution payments.

BIBLIOGRAPHY LIST

— Books, articles and research studies:

- Bjelinski Radić, I., *Izazovi radnog i socijalnog prava u svjetlu digitalizacije rada (Changes to Labour and Social Security Law in the light of Digitalisation of Labour)*, Zagrebačka pravna revija, vol. 7, no. 3, 2018, pp. 309-331.
- Butković, H.; Samardžija, V., *The Digital Transformation of the Labour Market in Croatia*, Institute for Development and

International Relations – IRMO, 2019, <https://irmo.hr/publications/the-digital-transformation-of-the-labour-market-in-croatia/>.

- De Stefano, V., *The Rise of the “Just-in-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the “Gig Economy”*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, no. 3, 2016, pp. 471-503.
- De Stefano, V., *Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy and the Law*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, no. 3, 2016, pp. 1-10 (Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2767383).
- EESC – European Economic and Social Committee, *Impact of digitalisation and the on-demand economy on labour markets and the consequences for employment and industrial relations*, Publications Office of the European Union, Luxembourg; European Economic and Social Committee, Brussels, 2017, <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/qe-02-17-763-en-n.pdf>.
- Eurofound, *New Forms of Employment*, Publishing Office of the European Union, Luxembourg, 2015, <http://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment>.
- Eurofound, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2018/employment-and-working-conditions-of-selected-types-of-platform-work>.
- Eurofound, *Overview of new forms of employment – 2018 update*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/customised-report/2018/overview-of-new-forms-of-employment-2018-update>.
- Florisson, R.; Mandl, I., *Platform work: Types and implications for work and employment*, *Literature review*, Eurofound 2018, <https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/wpefl8004.pdf>.
- Grgurev, I.; Vukorepa, I., *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and their Pension Entitlement Aspects*, in: Sander, G.; Tomljenovic, V.; Bodiroga-Vukobrat, N. (eds.), *Transnational, European, and National Labour Relations*, Springer Verlag, 2018, pp. 241-262; https://doi.org/10.1007/978-3-319-02219-2_13.

- Hauben, H. (ed.) *et al.*, The platform economy and precarious work (requested study by the EMPL committee), EU, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652734/IPOL_STU\(2020\)652734_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652734/IPOL_STU(2020)652734_EN.pdf).
- ILO, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office, Geneva, 2016, http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_534326/lang--en/index.htm.
- ILO, *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, International Labour Office, Geneva, 2021, https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang--en/index.htm.
- Katz, F. L.; Krueger, A. B., *The Rise and Nature of Alternative Work Arrangements in the United States, 1995-2015*, 2016, available via http://scholar.harvard.edu/files/lkatz/files/katz_krueger_cws_v3.pdf (accessed 28 July 2016), later published as: Katz, F. L.; Krueger, A. B., *The Rise and Nature of Alternative Work Arrangements in the United States, 1995-2015*, *ILR Review*, vol. 72, no. 2, 2019, pp. 263-265, <https://doi.org/10.1177/0019793918820008>.
- Kihoffer, Z. *et al.*, Study to gather evidence on the working conditions of platform workers, VT/2018/032, Final Report, CEPS, EFTHEIA, and HIVA-KU Leuven, European Union, March 2020, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=hr&pubId=8280>.
- Lhernould, J.-Ph.; Strban, G.; Van der Mei, A. P.; Vukorepa, I., *Analytical Report 2017: The interrelation between social security coordination law and labour law*, European Union, 2017, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=19404&langId=en>.
- Lhernould, J., *Intra-EU Cross-Border Platform Work: Hiding Issues of Undeclared Work*. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2020, 70 (4), 455-479. <https://doi.org/10.3935/zpfz.70.4.01>
- O'Brien, Ch.; Spaventa, E.; De Coninck J., *Comparative Report 2015: The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, European Union, 2016, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15476&langId=en>.
- Pesole, A. *et al.*, *Platform Workers in Europe*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112157>

[/jrc112157_pubsy_platform_workers_in_europe_science_for_policy.pdf](#).

- Risak, M., *Crowdworking: Towards a New Form of Employment*, in: Blanpain, R.; Hendrickx, F. (eds.), *New Forms of Employment*, Kluwer, 2019, pp. 93-102.
- Schoukens, P.; Barrio, A., *The changing concept of work: when does typical work become atypical*, *European Labour Law Journal*, vol. 8, no. 4, 2017, pp. 306-332, <https://doi.org/10.1177/2031952517743871>.
- Schoukens, P.; Barrio, A.; Montebovi, S., *The EU social pillar: An answer to the challenge of the social protection of platform workers?*, *European Journal of Social Security*, vol. 20, no. 3, 2018, pp. 219-241, <https://doi.org/10.1177/1388262718798393>.
- Spasova, S. et al., *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe – A study of national policies*, Brussels, EU Commission, 2017, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=7993&furtherPubs=yes>.
- Spitko, E. G., *Reputation Systems Bias in the Platform Workplace*, *BYU Law Review* (Forthcoming 2019), <https://ssrn.com/abstract=3360633> (accessed 5 July 2019).
- Strban, G.; Carrascosa Bermejo, D.; Schoukens, P.; Vukorepa, I., *Moves analytical report 2018: Social security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: Interrelation, challenges and prospects*, European Union, July 2020, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=22854&langId=en>.
- Vukorepa I.; Jorens Y.; Strban G., *Pensions in the Fluid EU Society: Challenges for (Migrant) Workers*, in: da Costa Cabral, N.; Cunha Rodrigues, N. (eds.), *The Future of Pension Plans in the EU Internal Market*, *Financial and Monetary Policy Studies*, vol. 48. Springer, pp. 325-349; https://doi.org/10.1007/978-3-030-29497-7_18.
- Vukorepa, I., *Migracije i pravo na rad u Europskoj uniji (Migrations and Right to Work in the European Union)*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 68, no. 1, 2018, pp. 85-120, <https://hrcak.srce.hr/195559>.
- Vukorepa, I., *Rethinking Labour Law in the Context of 4th Industrial Revolution*, International conference “Novelties in Labour Law”, Zagreb (Croatia), 23rd March 2018. [https://www.pravo.unizg.hr/news/23684/PPT_Rethinking%20LL%](https://www.pravo.unizg.hr/news/23684/PPT_Rethinking%20LL%20in%20the%20Context%20of%204th%20Industrial%20Revolution)

[20in%20the%20context%20of%204th%20ind%20Revolution_Vukorepa_2018.pdf](#).

- Vukorepa, I., *Cross-Border Platform Work: Riddles for Free Movement of Workers and Social Security Coordination*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2020, 70 (4), pp. 481-511. <https://doi.org/10.3935/zpfz.70.4.02>.
- Vukorepa, I.; Tomić, I.; Stubbs, P., *ESPN Thematic Report on Access to social protection of people working as self-employed or on non-standard contracts (Croatia)*, European Union, 2017, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=17687&langId=en>.
- Vukorepa, I.; Wollenschläger, F., *Comparative Legal Report 2019: Report on the preliminary assessment of the national transposition measures of Directive 2014/50/EU*, Moves Report 2019, European Union (official publication forthcoming)
- World Economic Forum, *Eight Futures of Work: Scenarios and their Implications (White Paper)*, 2018, http://www3.weforum.org/docs/WEF_FOW_Eight_Futures.pdf.

6.2. Legislation:

- Act on Student Jobs (Zakon o obavljanju studentskih poslova, “Narodne novine” – the official gazette of the Republic of Croatia, Nos 96/2018, 16/2020).
- Contributions Act (Zakon o doprinosima, “Narodne novine” – the official gazette of the Republic of Croatia, Nos 84/2008, 152/2008, 94/2009, 18/2011, 22/2012, 144/2012, 148/2013, 41/2014, 143/2014, 115/2016, 106/18).
- Income Tax Act (Zakon o porezu na dohodak, “Narodne novine” – the official gazette of the Republic of Croatia, Nos 115/2016, 106/2018, 121/2019, 32/2020, 138/2020)
- Labour Act (Zakon o radu, “Narodne novine” – the official gazette of the Republic of Croatia, Nos 93/14, 127/17, 98/19).
- Media Act (Zakon o medijima, “Narodne novine” – the official gazette of the Republic of Croatia, Nos 59/04, 84/11, 81/13).
- European Pillar of Social Rights, OJ C 428, 13.12.2017, pp. 10-15, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32017C1213\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32017C1213(01)).

6.3. Statistical data:

- Eurostat, Persons employed part-time as percentage of total employment
<https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00159/default/table?lang=en>.
- Eurostat, Temporary employees as percentage of the total number of employees,
<https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tesem110/default/table?lang=en>.
- Eurostat, Involuntary temporary employment,
<https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tesem190/default/table?lang=en>.

RECENSIONES DE LIBROS

[BOOK REVIEW]

Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Graduados sociales y jurisdicción social. Historia de una relación compleja e inacabada*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2019), 202 págs.

Siempre ha suscitado sorpresa, en muchos de nuestros colegas laboralistas europeos (franceses, portugueses, alemanes), la existencia en España de graduados sociales, tras contarles nosotros que se trata de profesionales colegiados, como los *barristers* y *solicitors* ingleses, pero que compiten con los abogados laboralistas españoles prácticamente en pie de igualdad, no sólo en el plano del asesoramiento extrajudicial, sino también en la llevanza de asuntos contenciosos ante nuestros tribunales laborales. Agradecerán por ello, si es que pretenden saciar su curiosidad sobre el tema, la lectura de este espléndido libro del profesor FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho del Trabajo y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, pues constituye la monografía más completa publicada hasta el momento presente en España acerca de dichos profesionales del foro, especializados en el contencioso laboral de cognición, impugnación y ejecución. Aparte todas las fuentes legales, reglamentarias y jurisprudenciales que nuestro autor estudia y sistematiza, impresiona en esta nueva monografía suya el elenco de doctrina científica española al que ha sacado partido, constando en el apéndice bibliográfico de la obra más de doscientos cincuenta trabajos especializados manejados por el profesor FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, que cubren la figura del graduado social desde los más diversos puntos de vista, como los de su formación universitaria, colegiación, ejercicio profesional, minutación a sus clientes, deontología, libre competencia con otros profesionales del foro, actuación como lobby potente de los órganos colegiados reguladores de esta profesión y, por supuesto, el de la perspectiva iuscomparatista.

Desde este último punto de vista, atrae como un imán el capítulo V (y último) del libro, titulado «Asuntos pendientes. La posición de los graduados sociales ante la reforma en las condiciones para el acceso y ejercicio de las profesiones jurídicas». En él, al hilo de las Directivas 2005/36/CE y 2013/55/UE, se analiza ante todo «el ejercicio de la profesión en la Unión Europea». Al respecto, recuerda nuestro autor cómo para el Derecho comunitario, junto al graduado social español y a título de expertos

en Derecho del Trabajo, «únicamente figuran otras dos profesiones reguladas: *Consulente del Lavoro*, en Italia, y *Arbeids-en organisatie-deskundige*, en Holanda». Ahora bien, según el profesor FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, «en el supuesto de la profesión holandesa, se trata de un consejero o persona de apoyo experto en actividades centradas en el diseño, mantenimiento y mejora de los sistemas de salud y seguridad en el trabajo, así como desarrollo de una política frente al absentismo, que solo comprendería una parte mínima y escasamente significativa de la actividad del Graduado Social». Por su parte, siempre según nuestro autor, «en el de la profesión italiana, mucho más afín, se describen como actividades principales las siguientes: gestión de contratos de trabajo y de recursos humanos, asistencia en solución extrajudicial de conflictos y consejero en asuntos fiscales y contables; sin cabida, por tanto, para la representación técnica en juicio (distinta es la posibilidad de una representación común, admitida en ciertas instancias judiciales de lo social en Italia), como dato que, por el contrario, destaca con luz propia en el Graduado Social».

Siempre desde la perspectiva comparatista y a la vista de estas limitaciones, posee un extraordinario interés doctrinal y práctico el análisis que el autor efectúa sobre «la necesidad de explorar las posibilidades derivadas de la posibilidad de “acceso parcial” a una profesión regulada», teniendo en cuenta que «esta última alternativa sirve a la intención de facilitar la libre circulación de quienes, estando plenamente cualificados en su Estado de origen para ejercer una actividad profesional, se constata que, en el Estado receptor donde pretenden prestar servicios, dicha actividad difiere de forma tan importante como para que la aplicación de medidas compensatorias suponga, en realidad, exigir al solicitante la realización de una titulación de Grado, o de Grado y Máster, completa». Pues bien, el profesor FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ explora, a estos concretos efectos, «posibles supuestos de movilidad al amparo de un acceso parcial en Portugal, Francia o Alemania», con resultados —tras dicha exploración, tan difícil— que cabe calificar de científicamente irreprochables. Se trata de una tarea que nuestro autor culmina mediante la aplicación de una rigurosa y depurada metodología jurídica comparatista, consistente en pasar la realidad analizada por un «triple filtro», que resume con pedagogía extrema y rigurosamente clarificadora, en los siguientes términos literales: «1) El Tribunal llamado a resolver el conflicto puede estar formado por Jueces o Magistrados de carrera (España o Portugal) o por Tribunales Mixtos compuestos por Jueces de carrera y otros Jueces sin tal formación jurídica específica (Francia y Alemania). 2) La norma a aplicar en vía jurisdiccional

puede ser una ley procesal específica del orden social (España y Portugal), una norma sustantiva con contenidos procesales (Francia) o la norma de ritos común a las que se añaden reglas de procedimiento particulares (Alemania). 3) La posibilidad de que no existan Tribunales específicos (Portugal), los asuntos se dilucidan en una única jurisdicción (España) o las materias de Seguridad Social y laboral aparezcan separadas (Francia y Alemania)».

Alberto Arufe Varela

Bernardo DA GAMA LOBO XAVIER, M^a. Rosario PALMA RAMALHO, José João ABRANTES, João LEAL AMADO, David FALÇÃO y Sergio TENREIRO TOMÁS (Coordinadores), *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, NovaCausa (Lisboa, 2017), Parte I, 812 págs., Parte II, 719 págs.

Examinado este *liber amicorum* del profesor António MONTEIRO FERNANDES, pero con la perspectiva que da haber participado en el acto de su ofrenda al homenajeado, que tuvo lugar el 7 de febrero del año pasado en la Facultad de Derecho de la Universidade Nova de Lisboa, no queda más remedio que calificar el mismo como un acto de estricta justicia universitaria, también desde la perspectiva del Derecho comparado del Trabajo. Sólo un auténtico Maestro del Derecho, reconocido como tal más allá de las fronteras del país en el que viene sirviendo como catedrático de su concreta disciplina jurídica, es capaz de concitar que se reúnan en dos gruesos volúmenes, que suman más de mil quinientas páginas, aportaciones de tantos y tantos «amigos» científicos suyos, no sólo portugueses, sino también del resto de Europa, e incluso, del mundo jurídico iberoamericano. En efecto, si no he contado mal, las aportaciones a esta obra espléndida de colegas portugueses del profesor MONTEIRO FERNANDES son exactamente treinta y una distintas, provenientes de todo el espectro universitario portugués. Pero hay, además, aportaciones que vienen de Brasil, Chile, Colombia, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, cuatro de ellas firmadas por antiguos Presidentes o Presidentes de Honor, bien de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, bien de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Y por supuesto —el profesor MONTEIRO FERNANDES es un Maestro europeo de Derecho del Trabajo—, las procedentes de países de nuestro viejo continente, cuyas lenguas conoce perfectamente el Maestro homenajeado, al haber sido publicista en ellas, como las redactadas para la ocasión por colegas de Francia, Italia (hasta seis distintas, incluida la del catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Messina, en cuyo claustro de doctores *honoris causa* en Derecho figura António MONTEIRO FERNANDES) y, por supuesto, España (figurando en esta obra las aportaciones de hasta doce catedráticos españoles de Derecho del Trabajo).

Entre esas aportaciones españolas, se cuenta la que el profesor ARUFE VARELA y yo mismo redactamos conjuntamente, con el título «El impacto de la obra científica del Profesor António Monteiro Fernandes en la literatura jurídico laboral española». Sosteníamos en ella que «si el profesor António MONTEIRO FERNANDES sometiese a evaluación en España su producción científica con “impacto” en la literatura jurídico laboral española, debería superar con toda holgura el listón para obtener un “sexenio” de investigación español», orientando todo nuestro escrito «a fundamentar esta conclusión», que dedicábamos «con afecto (pero también con objetividad estricta) al gran Maestro del iuslaboralismo moderno portugués». Desde la perspectiva de lo que venimos haciendo en nuestro Instituto Coruñés de Investigación de Derecho Comparado del Trabajo, creo que es de justicia resaltar ahora la estrecha colaboración científica que el profesor MONTEIRO FERNANDES viene manteniendo con él, y cuyos trazos esenciales se encuentran abocetados no sólo en el *curriculum vitae* que precede a la Parte I del libro homenaje (págs. 7 a 13), sino también y sobre todo en nuestra contribución al mismo, recién citada (págs. 585 a 603). Así, en torno al hecho de que el profesor MONTEIRO FERNANDES haya sido durante muchos años catedrático del ISCTE-Instituto Universitario de Lisboa, es de justicia recordar ahora que le debemos a él el impulso decisivo para la creación en su plan de estudios de una asignatura titulada «Direito do Trabalho Comparado», que hemos impartido allí el profesor ARUFE VARELA y yo durante tantos y tantos años. Además, en concepto de tutor de antiguos y brillantes alumnos suyos posgraduados en el propio ISCTE, pudimos dirigir aquí, en nuestra Universidad de A Coruña, dos tesis doctorales con mención internacional de dos de esos antiguos pupilos suyos, las cuales acabaron publicándose en castellano y en España [cfr. L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, Atelier (Barcelona, 2014), 168 págs.; y M. SILVEIRO DE BARROS, *Los honorarios de abogados en procesos de seguridad social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, Atelier (Barcelona, 2017), 190 págs.].

En nuestra contribución al *liber amicorum* del Maestro, sólo abocetábamos su vinculación íntima con el Congreso internacional de Derecho comparado del Trabajo que viene organizando, sin interrupción desde el año 2007, nuestro Instituto Coruñés de Investigación. Quizá el calificativo de vinculación íntima se le quede corto, pues el profesor MONTEIRO FERNANDES es, junto con el fallecido profesor Ulrich

ZACHERT y nosotros, uno de los cofundadores de dicho Congreso internacional, a quien corresponde el privilegio —desde hace ya algunos años— de fijar, al acabar la cena de clausura del Congreso en curso, cuál será la temática a abordar en el Congreso inmediatamente subsiguiente. En dicha condición, siempre ha defendido la posición del Derecho del Trabajo portugués ante el concreto asunto temático abordado en cada una de las ediciones sucesivas del evento en cuestión, y así: en el I Congreso, celebrado el 27 y 28 mayo 2007, expuso el tema «El impacto de la globalización sobre las relaciones laborales en Portugal»; en el II Congreso, celebrado el 8 y 9 mayo 2008, abordó el asunto de «La jurisprudencia laboral en Portugal»; en el III Congreso, celebrado el 28 y 29 mayo 2009, el de «La eficacia de los convenios colectivos en Portugal»; en el IV Congreso, celebrado el 29 y 30 abril 2010, el de «Las pequeñas empresas y el Derecho portugués del Trabajo»; en el V Congreso, celebrado el 28 y 29 abril 2011, el de «Los trabajadores autónomos económicamente dependientes y el Derecho portugués del Trabajo»; en el VI Congreso, celebrado el 26 y 27 enero 2012, el de «La auditoría laboral en el Derecho portugués»; en el VII Congreso, celebrado el 31 enero y 1 febrero 2013, el de «Los recortes laborales en Portugal»; en el VIII Congreso, celebrado el 28 y 29 enero 2014, el de «Los sindicatos ante la crisis económica en Portugal»; en el IX Congreso, celebrado el 29 y 30 enero 2015, el de «Los nuevos trabajadores pobres en Portugal»; en el X Congreso, celebrado el 25 y 26 enero 2016, el de «La enseñanza universitaria del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social en Portugal»; en el XI Congreso, celebrado el 26 y 27 enero 2017, el de «El cumplimiento de la Carta Social Europea por Portugal»; en el XII Congreso, celebrado el 25 y 26 enero 2018, el de «La protección de los inmigrantes irregulares en Portugal»; en el XIII Congreso, celebrado el 24 y 25 enero 2019, el de «La discriminación en el empleo por razón de sexo en Portugal»; y en el XIV Congreso, celebrado el 16 y 17 diciembre 2019, el de «El impacto sobre el trabajo de la economía digital en Portugal».

Jesús Martínez Girón

José Luis GOÑI SEIN, *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (Incluido el Real Decreto-Ley 5/2018)*, Bomarzo (Albacete, 2018), 191 págs.

El profesor GOÑI SEIN, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Pública de Navarra, es un reconocido especialista en el tema de la protección del derecho a la intimidad del trabajador, desde hace muchos años. Esta nueva y espléndida monografía suya sobre la protección de datos en el ámbito laboral certifica esa dificultosa especialización suya con otro mojón doctrinal, de cuya rabiosa actualidad no puede dudarse, pues las fuentes normativas que estudia presuponen un contexto propio del siglo XXI —dificilmente imaginable cuando se promulgó nuestra Constitución de 1978—, que nuestro autor califica como «era digital» o, también, como «entorno digital». En realidad, la médula del libro es un estudio exhaustivo sobre las repercusiones que en el ámbito de las relaciones laborales españolas, individuales y colectivas, tiene la promulgación del Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Si se aborda su lectura con una óptica iuscomparatista, saltan con naturalidad a un primer plano de actualidad las complejas interacciones existentes entre el Derecho comparado y el Derecho de la Unión Europea, que pueden acabar contando con perfiles propios cuando lo que se coloca en ambos platos de la balanza es, de un lado, el Derecho comparado del Trabajo, y del otro, el Derecho social comunitario. En mi opinión, dichas interacciones pueden analizarse cumplidamente al hilo de dos afirmaciones que el profesor GOÑI SEIN efectúa en este magnífico libro suyo, relativas ambas al Reglamento comunitario citado, que constituye la espina dorsal de su trabajo.

La primera se refiere al largo período de *vacatio legis* de dos años del Reglamento en cuestión, que comenzó el 25 mayo 2016, de manera que «hemos de partir de que la nueva regulación introducida por el Reglamento (UE) 2016/679 está dotada, a partir de 25 de mayo de 2018, de eficacia directa, y es de aplicación inmediata». Aparentemente, da argumentos a ciertos agoreros del Derecho comparado en general, que propugnan su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, pues en la medida en

que este último resultase de aplicación directa, inmediata y uniforme en el territorio de los Estados miembros, pasaría a reemplazar los Derechos nacionales (naturalmente discordes) de todos los Estados en cuestión, haciendo inútiles los estudios de Derecho comparado relativos a dicha multiplicidad de Derechos nacionales europeos. Ahora bien, frente a dichos agoreros, siempre cabría argumentar que el Derecho de la Unión Europea es sólo un ordenamiento más en el conjunto de ordenamientos jurídicos planetarios, respecto de los cuales sigue resultando plenamente viva la posibilidad de continuar realizando fructuosos estudios iuscomparatistas, precisamente a ese nivel. Un laboralista asume perfectamente semejante realidad, y podría aducir —al efecto de apuntalarla— la existencia, entre otros varios posibles términos de comparación, del influyente ordenamiento laboral de los Estados Unidos. Piénsese, a este respecto, en los impactos directos y recíprocos habidos entre el ordenamiento laboral norteamericano y el ordenamiento social comunitario (en su día, por ejemplo, el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización fue una versión adaptada a la realidad europea de la legislación laboral norteamericana promulgada por causa de la globalización, a la vez que la Ley WARN norteamericana, a la inversa, resultaría incomprensible haciendo abstracción del hecho de que la Directiva sobre despidos colectivos de 1975 resultó ser el modelo normativo tenido en cuenta por ella), y todo ello, aparte muy diversos impactos indirectos que el Derecho laboral norteamericano siempre ha tenido sobre el Derecho social comunitario (en materia de seguridad y salud laboral, por ejemplo, este otro tipo de interacciones resulta más que evidente, incluso desde el punto de vista de la terminología jurídica). Cabría recordar a los agoreros en cuestión, igualmente, que la promulgación de Directivas armonizadoras no resultaría posible sin la existencia de sólidos estudios previos de Derecho comparado, ceñidos a los Derechos nacionales de los Estados miembros. Lo recordó oportunamente en su día el Comité Económico y Social Europeo, a propósito de la sucesiva serie de Directivas reguladoras de las sociedades europeas capitalistas, cruciales para la vertebración del mercado único europeo.

Por su parte, la segunda afirmación contenida en este libro del profesor GOÑI SEIN, que también quiero traer aquí a colación, se refiere a que «el Reglamento (UE) 2016/679 plantea a los Estados miembros un difícil reto, pues obliga [en su artículo 88] a realizar una acomodación y concreción de los principios del Reglamento en un ámbito extenso de materias de la relación laboral», entre las que se cuentan «contratación, ejecución del contrato laboral, gestión, planificación y organización del

trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral». En todos estos campos, por tanto, las legislaciones nacionales de los diversos Estados miembros seguirán teniendo su cuota de protagonismo, abonando la posibilidad de realización de nuevos estudios de Derecho comparado del Trabajo, en los que las realidades a comparar seguirían siendo los Derechos nacionales de los Estados miembros. Lo reconoce el propio profesor GOÑI SEIN, al concluir que «es probable que, lejos de alcanzar la uniformidad deseada por el Reglamento, se origine una disparidad de regímenes jurídicos, y en vez de proporcionar seguridad jurídica y transparencia a los operadores económicos, señaladamente a las microempresas y a las pequeñas y medianas empresas, se termine obligando a éstas a satisfacer los diferentes requisitos de protección de datos de cada Estado miembro como sucedía hasta ahora».

Alberto Arufe Varela

Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO, *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Laborum (Murcia, 2018), 323 págs.

El despido es un tema clásico, que cuenta en nuestra literatura jurídica con grandes monografías clásicas, sobre las que —por ello mismo— no pasa el tiempo. Pero es, también, un tema crítico y en continuo desarrollo y mutación, cuyas últimas elaboraciones doctrinales acaban interesando siempre, con toda lógica, a especialistas y no especialistas en Derecho del Trabajo. Esta monografía reciente y valiente del profesor granadino ORTEGA LOZANO lo aborda con una perspectiva transversal, realmente difícil de trabar y enjaretar, en la que el hilo conductor de la misma —lo pone de relieve su título— ha sido el de las «consecuencias jurídicas» de un despido no sólo judicialmente impugnado, sino también ya judicialmente enjuiciado y calificado, como pone de relieve rotundamente, a su vez, su subtítulo («procedencia, improcedencia y nulidad»). En realidad, se trata de un estudio a la vez crítico y oxigenante de las dos consecuencias jurídicas, principales o estelares, ligadas al hecho de haber cometido el empresario un ilícito, cuando procedió a despedir al trabajador (esto es, la readmisión y la indemnización), alrededor de las cuales orbitan otras (por ejemplo, salarios de tramitación y cotizaciones o prestaciones de seguridad social del trabajador despedido), también cumplidamente analizadas en el propio libro. El carácter oxigenante del estudio crítico que en él se realiza (y que justifica que el ilustre prologuista de la obra la califique, con toda acribia, de monografía «excelente») le viene dado, en buena medida, por la metodología jurídica comparatista empleada por el autor, que le acredita como un consumado especialista en Derecho comparado hispano-italiano del Trabajo. Dicha metodología aflora a todo lo largo y ancho de la obra, aunque cristalice llamativamente en el último capítulo de la misma, de algún modo «recapitulador» —valga la expresión—, titulado «Las consecuencias jurídicas del despido en el ordenamiento jurídico italiano».

El autor no oculta su preferencia por la readmisión, en cuanto que consecuencia más integralmente reparadora para el trabajador injustamente despedido, más dadora de seguridad al mismo, así como más disuasoria de la comisión de ilícitos vinculados al despido por parte del empresario, en

detrimento de la indemnización. Y mucho más, si se trata —como es el caso en España— de una indemnización de cuantía rígidamente tasada por la ley, que irremediamente acaba conduciendo a la contemplación por el empresario de su despido ilícito en términos puramente economicistas (esto es, como un mero coste económico para su empresa, el cual resulta ser, además, un coste de cuantía totalmente y anticipadamente previsible, de manera que todo se resuelve para él en si el despido le resulta «barato» o dejar de serlo). De ahí la crítica que el profesor ORTEGA LOZANO realiza de la más reciente legislación italiana reformadora del régimen jurídico del despido, en 2015, al suponer la misma —frente a la seguridad en el empleo, dada por la tradicional «*tutela reale*»— «la aparición del régimen flexible del despido». El acopio de argumentos en favor de la readmisión que el autor realiza, incluidos algunos de Derecho común que parecen hoy generalmente olvidados, constituye quizá la más valiosa aportación científica realizada por este extraordinario libro suyo. Constituye, además, en mi opinión, una crítica demoledora de la fórmula supuestamente mágica de la «flexiseguridad [*flexicurity*]», preconizada desde instancias europeas, la cual se traduce desde luego en flexibilidad para la empresa, pero no necesariamente en seguridad en el empleo para el trabajador, sino sólo en una relativa seguridad «económica» para el mismo, en la línea —tan típicamente comunitaria— de que el dinero o, si se quiere, «los fondos» (y eventualmente, fondos públicos, europeos o no) acaban siendo la única solución realista de todo tipo de problemas jurídico-sociales.

En su línea defensora de la readmisión, merecen ser especialmente destacadas las reflexiones que el autor realiza, en el capítulo IV de su libro, sobre la «subsistencia del despido fraudulento» (que nosotros calificamos en su momento aquí, en la Universidad de A Coruña, como «despido malicioso», tomando en préstamo terminología del Derecho norteamericano). Su pronunciamiento sobre la necesidad de rescatar esta figura —creada en su día por la jurisprudencia, por razones de estricta justicia social y de represión de la más odiosa arbitrariedad empresarial, aunque también resulte cierto que la propia jurisprudencia la enterró igualmente en su día, al llegar a presumirse desautorizada por la letra no necesariamente inequívoca de cierta reforma legal— es rotundo, pues «por su considerable gravedad estimamos que las consecuencias jurídicas de este despido debieran ser de mayor trascendencia jurídico-económica que la simple declaración de improcedencia del mismo —como mínimo la declaración de nulidad del despido y la consecuente readmisión del trabajador—». Al respecto, utilizando una vez más su peculiar y eficaz

metodología jurídica comparatista, el profesor ORTEGA LOZANO apela de nuevo al Derecho italiano del Trabajo —que tan profundamente acredita conocer—, afirmando que «el prototipo más cercano [de la figura en cuestión, a revivir en España] puede localizarse en el ordenamiento jurídico italiano con la *tutela reintegratoria con indennità limitata* o reincorporación con indemnización limitada en los casos de inexistencia del motivo subjetivo u objetivo justificado, de la justa causa alegada o de las conductas punibles previstas en los convenios colectivos o códigos disciplinarios».

Jesús Martínez Girón

Rodrigo TASCÓN LÓPEZ, *El esquirolaje tecnológico*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2018), 156 págs.

Este libro del profesor leonés TASCÓN LÓPEZ constituye, a día de hoy, la monografía de referencia en España sobre el esquirolaje en su conjunto, y no sólo sobre la concreta variante del mismo a que alude el título del propio libro. En efecto, ni el concepto de esquirolaje tecnológico (según nuestro autor, «aquella situación en la que el empresario sustituye el trabajo de los huelguistas a través de alguna clase de mecanismo tecnológico»), ni tampoco las diversas especies albergadas en el mismo resultarían comprensibles sin un estudio cabal y previo del esquirolaje «tradicional», como el que aparece realizado en el capítulo II de este espléndido libro. Sólo así cobra pleno sentido que pueda hablarse, como hace nuestro autor, de la posible existencia de muy diversas especies del novedoso esquirolaje en cuestión, como los esquirolajes tecnológicos «externo», «interno», o «mixto», así como los que nuestro autor —con despliegue de toda su creatividad doctrinal— denomina «esquirolaje automático» (esto es, supuestos en que «la sustitución tecnológica de huelguistas se lleve a cabo sin la participación de ningún trabajador, y, de igual modo, sin la expresa y coetánea actuación empresarial dirigida a obtener tal resultado, sino mediante algoritmos o protocolos preestablecidos»), «esquirolaje previo o diferido» [en el que «la empresa encarga en un momento anterior a la huelga (aunque cronológicamente próximo a su celebración) a determinados trabajadores (normalmente no huelguistas) que adopten las medidas técnicas oportunas dirigidas a que los medios de producción estén en las condiciones más apropiadas para, el día de la huelga, mantener el nivel de producción más cercano a la normalidad posible»] o «esquirolaje posterior» [esto es, «aquel en que la empresa refuerza la actividad (mediante medios técnicos) en los días posteriores a la huelga para “ponerse al día” en la producción perdida durante el tiempo que duró el paro obrero»].

En realidad, la médula del libro es un estudio posibilista de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 17/2017, que tanta polvareda doctrinal ha levantado (un verdadero «tsunami» doctrinal, según nuestro autor). De acuerdo con el profesor TASCÓN LÓPEZ, el

Tribunal Constitucional «no se pronuncia sobre el esquirolaje tecnológico externo (esto es, adquirir o arrendar medios tecnológicos para minorar los efectos de la huelga), ni acepta el esquirolaje interno tradicional (pues mantiene incólume su doctrina al respecto), el cual aparece en muchos casos ... vinculado al tecnológico (esto es, que los trabajadores no huelguistas varíen sus funciones habituales para manejar la herramienta tecnológica)». Y todo ello, al efecto de apuntalar y certificar su conclusión doctrinal de que esta Sentencia constitucional no da por cerrado en absoluto el asunto, pues «los casos resueltos hasta la fecha se circunscriben a un sector muy concreto (el audiovisual), pero es previsible que el número de supuestos y la variedad de empresas y sectores a los que afecte vayan en aumento exponencial en los próximos años, lo que hará, seguramente, que el máximo intérprete de la constitución deba replantearse su posición, si no para modificarla, sí, al menos, para precisarla, ampliarla y aquilatarla». Al respecto, dando por supuesto que la legislación no cambiará en el corto plazo, nuestro autor ofrece en el Capítulo IV de su obra un «intento de construcción de una respuesta jurídica integral al esquirolaje tecnológico», que pudiese servir para la resolución prudencial de casos futuros. Según el profesor TASCÓN LÓPEZ, «no conviene olvidar que cuando se está ante una cuestión de límites entre derechos y valores constitucionales se provoca un conflicto que ha de ser resuelto conforme a criterios de proporcionalidad, pero tratando de dotar de “la máxima eficacia posible” al ejercicio del derecho fundamental».

Desde el punto de vista del Derecho comparado, cabría reflexionar sobre lo mucho y lo bueno contenido en esta monografía, al hilo de la afirmación sindical recordada por el ilustre prologuista del libro, relativa a que «la mejor ley de huelga es la que no existe». Inevitablemente, la falta de esa ley (y por supuesto, el Real Decreto-ley de Relaciones de Trabajo de 1977 no es la norma cuya promulgación prevé el artículo 28, apartado 2, de la Constitución) acaba conduciendo a la existencia de lo que la doctrina científica laboralista alemana denomina desde siempre el «*Richterrecht*» o Derecho judicial, en este caso, sobre el derecho de huelga. La lógica judicial es la que es, y puede acabar alumbrando —si es que no cuenta con referentes normativos más precisos—, bien la doctrina de la «*Kampfparität*», bien la contenida en la citada Sentencia núm. 17/2017 de nuestro Tribunal Constitucional, bien otras distintas, pero también de algún modo relativizadoras de la eficacia del ejercicio del derecho fundamental de huelga. Apurando el paralelismo, es lo que ha acabado ocurriendo en el plano del Derecho comunitario, donde la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo campa en tantas y tantas ocasiones a sus anchas. En mi

opinión, quizá el fallo de los casos *Laval* y *Viking* hubiese sido otro bien distinto, y más acorde con las posiciones usualmente defendidas por la doctrina científica laboralista, si el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no excluyese de toda posibilidad de armonización europea asuntos como el del derecho de huelga (así como el del cierre patronal y el de las remuneraciones de los trabajadores, recuérdese).

Alberto Arufe Varela

REVISTA DE REVISTAS

[REVIEW OF REVIEWS]

- ***DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES, NÚM. 1 (2018)***

Michel MARTONE, «El smart working o trabajo ágil en el ordenamiento italiano», págs. 88-97.

Resumen: «El autor analiza los rasgos distintivos de esta nueva modalidad de realización flexible de la prestación de trabajo subordinado, con el objetivo de esbozar su posible ámbito de operatividad dentro de un ordenamiento laboral que, aunque modificado de manera profunda por las reformas de los últimos veinte años producto de la crisis económica y la transformación del sistema productivo, todavía continúa considerando al trabajo subordinado como el fundamento sobre el que se apoya».

- ***DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES, NÚM. 3 (2018)***

Macarena ÁNGEL QUIROGA, «La ley islandesa contra la brecha salarial y la situación actual en España», págs. 313-317.

Resumen: «Con la reforma introducida a la Ley de Igualdad Islandesa se reabre el debate sobre la brecha salarial por razón de género existente en todos los países del mundo. Dicha reforma supone la obligación de una serie de empresas (tanto públicas como privadas) de emitir un certificado que garantice la existencia de igualdad retributiva en función del puesto de trabajo para hombres y mujeres, bajo apercibimiento de multa en caso contrario. La situación actual en España es merecedora de una nueva regulación legal».

- ***DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES, NÚM. 5 (2018)***

Silvio BOLOGNA y Feliciano IUDICONE, «El trabajo ágil y el teletrabajo en el escenario europeo y comparado: dinámicas emergentes, efectos sobre la calidad del trabajo e instrumentos de regulación», págs. 531-538.

Resumen: «El presente trabajo ofrece una síntesis del informe conjunto OIT-Eurofound sobre Working Anytime, Anywhere. The Effects

on the world of work, cuyo objeto es el impacto de las ICTs en las relaciones de trabajo en diez Estados, sea de la Unión Europea sea extra-UE. El ensayo quiere, en primer lugar, analizar los riesgos y las oportunidades relacionados con la digitalización del trabajo en el capitalismo contemporáneo, principalmente en lo que se refiere al impacto sobre horario de trabajo, conciliación vida-trabajo, salud y seguridad, productividad. Al mismo tiempo reconstruye un cuadro sistemático de las principales políticas normativas y contractuales para favorecer el desarrollo del teletrabajo y del trabajo ágil en Europa, con peculiar atención al caso italiano».

• ***DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES, NÚM. 7 (2018)***

Francisco ALEMÁN PÁEZ, «El trabajo sexual en la Ley alemana reguladora de la prostitución (“das Prostituentenschutzgesetz”). Bases teóricas y exegéticas de una isonomía crítica», págs. 734-765.

Resumen: «El presente trabajo examina los dispositivos normativos y el marco institucional implementados a raíz de la Ley federal alemana de uno de julio del 2017, reguladora de la prostitución y de las personas que trabajan en la misma (“Das Prostituentenschutzgesetz”). La primera parte del artículo contextualiza teóricamente el sentido de dicha norma al hilo de los modelos político-normativos que abordan dicho asunto en el derecho comparado. La segunda parte, nudo del trabajo, desglosa el contenido de la referida ley y sus principales aportaciones: desde su ámbito material y subjetivo, a los dispositivos de control y registro administrativo de los trabajadores sexuales y de los titulares de los negocios de prostitución. Finalmente, el estudio concluye con unas consideraciones críticas y reflexivas».

• ***DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES, NÚM. 10 (2018)***

Rafael MOLL NOGUERA, «La descentralización de la negociación colectiva en Portugal y España. Un breve estudio de Derecho comparado», págs. 1151-1162.

Sumario: «Introducción. 1. Los sujetos legitimados para celebrar convenios colectivos. El monopolio sindical portugués. 2. El acercamiento

de la negociación colectiva a la empresa. 3. Una diferencia estructural: la eficacia personal de los convenios colectivos. 3.1. Las ventajas del modelo portugués. 3.2. Los mecanismos legales para extender la protección convencional en Portugal. 3.2.1. “Portaria de extensão”. 3.2.2. La aplicación de un convenio colectivo a elección del trabajador: la adhesión individual. 3.2.3. “Portaria de condições de trabalho”. 4. La sucesión de convenios colectivos en el tiempo: la petrificación del sistema portugués. 5. La vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos. Dos reformas similares. 6. La inaplicación del convenio colectivo en un contexto de crisis empresarial. 7. Reflexiones finales. Bibliografía citada».

- ***NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 205 (2018)***

Antonio PRETEROTI, «El delicado equilibrio entre la adecuación, la solidaridad y la sostenibilidad de las prestaciones sociales en Italia», págs. 105-116.

Resumen: «El tema del bloqueo temporal de la revalorización automática de prestaciones de jubilación, actuado por el legislador italiano, mediante la Ley nº 147 de 2013, empuja al autor a tratar el asunto de la relación que se observa en la legislación italiana entre la solidaridad en el campo de la Seguridad Social y los derechos adquiridos ya dentro del patrimonio del trabajador. En particular, el estudio del camino interpretativo seguido por el Tribunal Constitucional hasta su sentencia nº 173 de 2016, siempre en busca de un delicado equilibrio entre adecuación financiera, solidaridad intergeneracional y sostenibilidad de las prestaciones sociales: un equilibrio que, según el autor, se podría quizás individuar en formas inéditas tras esta última pronuncia judicial, cuyo razonamiento puede asumir valor paradigmático».

- ***NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 205 (2018)***

Giuseppina PENSABENE LIONTI, «La lucha contra el trabajo no declarado en el marco del derecho de la Unión Europea», págs. 117-136.

Resumen: «Se propone un análisis crítico de la compleja materia del “trabajo sumergido”, examinando sus notas básicas y los efectos negativos que este fenómeno produce en el ámbito europeo. Se hacen constar las insuficiencias de la norma legal, con especial atención a la legislación laboral italiana sobre los “voucher”, y se proponen algunos cambios para asegurar un minimum de tutela jurídica a las actuales formas de trabajo “no declarado”, “irregular” o “informal”, que siguen obstaculizando las políticas económicas, sociales y presupuestarias orientadas al crecimiento del empleo en Europa».

- ***NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 206 (2018)***

Francisco Javier HIERRO HIERRO, «Acerca del debate sobre la reforma de la pensión de jubilación. Una aproximación al sistema chileno (I)», págs. 157-187.

Resumen: «Ante el debate abierto en España sobre el futuro de las pensiones es oportuno realizar una aproximación comparada a las realidades de otros países. En esta ocasión será el análisis del sistema de protección chileno el que ofrezca pautas a favor o en contra de estas futuras reformas».

- ***NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 207 (2018)***

Francisco Javier HIERRO HIERRO, «Acerca del debate sobre la reforma de la pensión de jubilación. Una aproximación al sistema chileno (II)», págs. 27-52.

Resumen: «Ante el debate abierto en España sobre el futuro de las pensiones es oportuno realizar una aproximación comparada a las realidades de otros países. En esta ocasión será el análisis del sistema de protección chileno el que ofrezca pautas a favor o en contra de estas futuras reformas».

- ***NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 209 (2018)***

Carmen JOVER RAMÍREZ, «El fenómeno del “Gig Economy” y su incidencia en el Derecho del Trabajo: aplicabilidad del ordenamiento jurídico laboral británico y español», págs. 101-128.

Resumen: «A nadie le resulta indiferente la revolución que en multitud de ámbitos está originando la revolución tecnológica, la llamada por algunos la “Cuarta Revolución Industrial”. Sin dejar de resaltar los efectos de la misma, útiles y provechosos en algunos de dichos ámbitos, sin embargo, se siembra la duda en algunos otros. Uno de dichos ámbitos es el del Derecho del Trabajo. La pluralidad de actividades que, relacionadas de uno u otro modo con las nuevas tecnologías, materializan una prestación de servicios, ha puesto en jaque al Derecho del Trabajo, siendo necesario un estudio de la casuística existente para así poder delimitar los distintos contornos y evitar la deformación de nuestro Derecho del Trabajo y de los logros que el mismo ha supuesto a lo largo de los años. El presente estudio busca, a través del análisis de algunas de las actividades que se han encuadrado en la llamada gig economy y a través de sus manifestaciones en Reino Unido y España, delimitar dichos contornos y conocer cuál puede ser el papel del Derecho del Trabajo ante esta nueva realidad».

- ***NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 210 (2018)***

Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO, « Efectos legales de la extinción ilegítima de la relación laboral por voluntad del empresario en el derecho italiano: calificación y consecuencias jurídicas del despido nulo, anulable e ineficaz», págs. 135-168.

Resumen: «Se estudia el despido ilegítimo italiano —despido nulo, despido anulable y despido ineficaz— y sus consecuencias jurídicas. También se analizan los mecanismos de tutela del trabajador y que variarán en su aplicación dependiendo del tamaño de la empresa. Para mayor complejidad las consecuencias jurídicas también variarán atendiendo a la fecha de constitución del contrato de trabajo. De todos modos, sea cual fuese la razón de extinción del vínculo contractual, la causa del despido y la fecha de inicio de la relación laboral, habrá que atender a la readmisión y/o a la indemnización económica que se calculará y asignará en función de las condiciones y características específicas de cada situación».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 14 (2018)**

Mário SILVEIRO DE BARROS, «El régimen jurídico de la incapacidad permanente en el derecho portugués de la Seguridad Social», págs. 203-213.

Resumen: «El régimen jurídico de la incapacidad permanente en Portugal presenta una dualidad entre el régimen de protección de riesgos comunes y el régimen de protección de riesgos profesionales. Esa dualidad se presenta desde luego en las normas reguladoras constitucionales y en las normas legales que han desarrollado esas previsiones constitucionales, que son, de un lado, normas de seguridad social en sentido estricto, y de otro, normas de desarrollo del Código del Trabajo. En Portugal, la protección de la incapacidad permanente, si derivada de riesgos comunes (en su terminología jurídica, «invalidez») presenta similitudes y diferencias con la derivada de riesgos profesionales (denominada «incapacidad») en términos conceptuales de la contingencia, de definición de grados, prestaciones, procedimiento para la declaración de la incapacidad y otorgamiento de las prestaciones, así como respecto al contencioso jurisdiccional».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 15 (2018)**

Paola BOZZAO, «Incapacidad laboral y seguridad social en una sociedad de trabajo cambiante», págs. 203-215.

Resumen: «El presente trabajo analiza tendencias, límites y potencialidad del sistema de seguridad social en la gestión de las incapacidades laborales, con particular atención a las prestaciones económicas. El objetivo es subrayar las reformas recientes en esta área, analizando su impacto sobre la regulación de la protección para los casos de incapacidad. Esta investigación es conducida a la luz de los cambios que — en la fase de transición al sistema productivo post-fordista— han redefinido el modelo de sociedad laboral, reenderezando los objetivos de política social

de los legisladores (europeo y nacionales) y las estrategias de empleo, y no, desarrolladas».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 15 (2018)**

Iván VIZCAÍNO RAMOS, «La indemnización de los daños y perjuicios morales derivados de accidente de trabajo. A propósito de la más reciente jurisprudencia de la corte de casación francesa», págs. 217-223.

Resumen: «La indemnización de los daños y perjuicios morales derivados de accidente de trabajo es un tópico abordado por la jurisprudencia francesa desde hace muchos años. La última palabra sobre el tema de la Corte francesa de Casación la contiene una reciente decisión suya de 14 diciembre 2017, calificada por la propia Corte de Casación como sentencia de alto valor doctrinal. En ella, se analiza un asunto de gran interés comparatista, como el de la prueba del nexo causal entre el accidente de trabajo ocurrido y los perjuicios morales causados por dicho accidente a un huérfano del trabajador accidentado».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 16 (2018)**

Alberto ARUFE VARELA, «El contenido de Seguridad Social del contrato de coalición de 2018, entre la derecha y la izquierda alemanas», págs. 235-242.

Resumen: «El 12 de marzo del año corriente se firmó en Alemania el cuarto contrato de coalición, que es el tercero entre la derecha (CDU y CSU) y la izquierda (SPD) alemanas, que afecta a todos los ramos de la Administración pública federal, incluido el Derecho de la Seguridad Social. En este concreto ramo, la novedad más importante en materia de pensiones es la creación de una pensión básica para luchar contra la pobreza de los mayores, orientada a proteger a los mayores empobrecidos que son propietarios de sus propias viviendas (en consecuencia, una típica medida de protección de la clase media). En materia de dependencia, el acento se pone en la mejora y expansión de la figura del cuidador profesional de dependientes».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 17 (2018)**

Paola BOZZAO, «Seguridad Social y reforma de la Administración en Italia», págs. 247-259.

Resumen: «El ensayo analiza, de manera crítica, el sistema de Seguridad Social que en el curso del último decenio ha interesado las reformas del trabajo público en Italia. El objetivo es resaltar las críticas que se pueden encontrar, en particular, en el recurso de modalidad de jubilación anticipada coactiva —puntos sobre los que ha vuelto a discutirse en la administración pública, con el objetivo de favorecer la reducción del gasto para el empleo público y el cambio generacional del personal allí ocupado—, que puede ser vulnerable ante problemas de compatibilidad con la prohibición de discriminación por razones de edad, sancionado por la directiva 2000/78/CE».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 17 (2018)**

Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, «El auxilio por defunción. Un análisis crítico-comparatista, desde la perspectiva del derecho francés de la Seguridad Social», págs. 261-273.

Resumen: «Se estudia aquí la protección pública para cubrir los gastos de sepelio que ocasiona la muerte de quien tiene la consideración legal de sujeto causante, comparando a tales efectos la regulación legal del tema en dos Estados miembros de la Unión Europea, como son España y Francia. En ambos Estados, dicha protección pública aparece configurada como una concreta prestación de Seguridad Social, articulada a través de un régimen específico en el que tanto el sujeto causante como el sujeto beneficiario tienen que cumplir una serie de requisitos. Al margen de las semejanzas existentes, lo cierto es que el estudio comparado del Derecho de ambos Estados permite concluir que hay diferencias importantes, que se evidencian en su regulación legal, singularmente en todo lo relativo a la cuantía de la indemnización establecida para hacer frente precisamente a esos gastos de sepelio».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 48 (2018)***

Miguel Francisco CANESSA MONTEJO, «La protección interamericana de la libertad sindical y de la estabilidad laboral: el caso Lagos del Campo vs. Perú», págs. 615-624.

Resumen: «La Corte Interamericana de Derechos Humanos analiza cuatro temas centrales en el Caso Lagos del Campo vs. Perú. En primer lugar, la protección especial de la libertad de expresión en el ámbito laboral. En segundo lugar, el reconocimiento del derecho a la estabilidad laboral al amparo del derecho al trabajo recogido en los instrumentos interamericanos de derechos humanos. En tercer lugar, la protección a la libertad sindical cubre a cualquier organización y sus representantes que representan los intereses legítimos de los trabajadores. En cuarto lugar, la inclusión del pago de la pensión de jubilación como reparación del daño material. Este fallo es relevante ya que establece los parámetros legales con respecto a los temas antes mencionados para los sistemas normativos nacionales».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 48 (2018)***

Khalid BOUKAICH, «Medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo: un análisis desde la perspectiva del derecho laboral marroquí», págs. 625-637.

Resumen: «El presente ensayo analiza los numerosos instrumentos internacionales que han enfatizado la necesidad de que los órganos y procedimientos judiciales, especialmente laborales, otorguen una efectiva protección para los derechos laborales conculcados, en tiempos razonables, con garantías de acceso y respeto de principios procesales fundamentales. Tales principios pueden verse satisfechos con una modernización de la Judicatura Laboral pero además con el desarrollo de mecanismos alternativos de solución de conflictos. En este artículo se precisa los diferentes aspectos del conflicto y las alternativas que para cada uno se presentan recogiendo las experiencias particularmente relevantes de Marruecos, con un análisis particular de las instituciones de conciliación y

arbitraje. El propósito es de ofrecer una visión de conjunto del papel que compete a la conciliación y arbitraje en la solución de los conflictos de trabajo en la legislación laboral marroquí, con especial atención a los de carácter colectivo, y presentar la problemática que acompaña la aplicación de esta técnica a un espacio tan singular como es el de las relaciones entre trabajadores y empresarios».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 49 (2018)**

Belén del Mar LÓPEZ ÍNSUA, «La complejidad jurídica de las relaciones *au pair* en los países de nuestro entorno: ¿abuso u oportunidad?», págs. 601-620.

Resumen: «Bajo un ideal de mejora de la empleabilidad y de las competencias necesarias para insertarse en el mercado laboral aparecen las relaciones *au pair*. En principio, éstas se configuran como la fórmula perfecta para desplazarse a otros Estados, aprender idioma y fomentar el intercambio cultural a través de la prestación de tareas “ligeras” en el hogar y en el cuidado de los niños. Sin embargo, muchas veces la realidad social esconde tras de sí el lado más oscuro de las relaciones informales, lo cual propicia el decaimiento del utópico, inicial. ¿Hasta qué punto la flexibilidad de la colocación *au pair* pueden propiciar el surgimiento de relaciones abusivas? Ciertamente, la respuesta no la otorga la legislación laboral, pues la falta de una regulación (comunitaria y nacional) determina divergencias que dependerán del Estado en donde se desarrolla dicha actividad (comunitario o extracomunitario), así como de la familia en las que se inserta la candidata *au pair*».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 49 (2018)**

Rocco Antonio RANGEL ROSSO NELSON, Sergio Ricardo BARROSO FARIAS y Walkyria de Oliveira ROCHA TEIXEIRA, «Acerca de la construcción normativa del “mobbing” laboral en el ordenamiento jurídico brasileño», págs. 621-644.

Resumen: «El trabajo es una actividad ligada umbilicalmente con todas las esferas de la vida de una persona, puesto que parte significativa del tiempo de vida del ser humano se está trabajando, lo que refleja en las dimensiones personales, familiares y sociales del trabajador. De tal suerte, un ambiente de trabajo sano es fundamental para el bien desarrollado de la persona, en todas estas dimensiones. No es por otra razón que los derechos sociales son erigidos en el status de derechos humanos. El objetivo del presente ensayo es precisamente evaluar los contornos jurídicos normativos que permiten la subsunción de conductas como forma de acoso moral laboral, y en estos términos, el consecuente jurídico de dicha práctica. La investigación en pantalla, haciendo uso de una metodología de análisis cualitativo, usando los métodos de abordaje hipotético-deductivos de carácter descriptivo y analítico, adoptando técnica de investigación bibliográfica, tiene por línea de fondo hacer un análisis dogmático en cuanto a la construcción normativa de la conducta de acoso moral en el seno del sistema jurídico brasileño teniendo por vector axiológico, siempre, la búsqueda de la eficacia de los derechos fundamentales esculpidos en la Constitución Federal de 1988».

• ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 51 (2018)***

Gloria Aurora DE LAS FUENTES LACAVEX, Alma Alejandra SOBERANO SERRANO y María Aurora LACAVEX BERUMEN, «Trabajo a domicilio. Su regulación en México», págs. 657-673.

Resumen: «Los antecedentes del trabajo a domicilio en México son muy pocos; fue regulado en la Ley del estado de Oaxaca de 1926 y en la Ley Federal del Trabajo de 1931. La ley vigente, de 1970, lo regula en los numerales 311 a 330. Se define como el que se ejecuta habitualmente para un patrón, en el domicilio del trabajador, o en un local libremente elegido por él, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo. Se permite que el trabajador cuente con la ayuda de miembros de su familia para su ejecución. La vigilancia de este tipo de trabajo corresponde a la Inspección del Trabajo, ante la cual los patrones tienen diversas obligaciones como inscribirse en el registro correspondiente, contar con un libro de registro de sus trabajadores y proporcionales la libreta de trabajo, obligaciones que, por lo general, no cumplen. Estos trabajadores tienen derecho a gozar de todas las prestaciones que se regulan en la parte

individual de la Ley Laboral y a disfrutar de todas las prestaciones de la seguridad social, disposiciones de las que los patrones suelen ser omisos, ante la inacción de la autoridad laboral administrativa competente. Se encuentran imposibilitados de ejercer sus derechos colectivos ante la dificultad de su identificación y ubicación. En materia de Derecho Internacional del Trabajo, México no ha ratificado el Convenio 177, Convenio sobre el Trabajo a domicilio, de 1996, de la Organización Internacional del Trabajo. Los funcionarios de la Inspección del trabajo en Mexicali, manifiestan que solamente se encuentra inscrita para este tipo de trabajo, una sola empresa cuya actividad es el teletrabajo. Este tipo de trabajo suele analizarse desde una perspectiva de género, considerando que puede ser una alternativa de empleo a mujeres y a adultos mayores».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 51 (2018)***

Yaelsy LAFITA COBAS, «El convenio colectivo de trabajo un instrumento necesario para las PYMES en Cuba», págs. 674-699.

Resumen: «A partir del año 2010 existió una ampliación de los sujetos del Derecho del Trabajo en Cuba, lo que se materializó con la posibilidad de emplear fuerza de trabajo por empleador privado en el llamado sector del trabajo por cuenta propia, que no es más que la creación de micro, pequeñas y medianas empresas, reafirmandose a través del reconocimiento como empleadores a personas naturales mediante el Código de Trabajo vigente, la Ley No 116 de 2014, sin embargo a estos trabajadores no se les reconoce la posibilidad de firmar convenios colectivos de trabajo con sus empleadores con el objetivo de proteger sus derechos laborales, que les permita estar en igualdad de condiciones con los del resto de los sectores que interactúan en la economía cubana».

- ***TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 142 (2018)***

Emma RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «El sistema británico de representación de los trabajadores en el centro de trabajo tras los últimos cambios normativos», págs. 147-177.

Resumen: «El sistema británico de relaciones laborales se ha caracterizado por el *collective laissez-faire* en el que los representantes de los trabajadores han desempeñado un importante papel en la adopción de acuerdos por los que se regulaban las condiciones laborales en las empresas. La crisis de representación sindical en el Reino Unido tiene su origen en el desmantelamiento de los derechos colectivos que han llevado a cabo las diferentes normas y políticas liberales de los distintos gobiernos. La descentralización de la negociación colectiva en las relaciones laborales inglesas, con un reflejo claro en la disminución de convenios sectoriales, fundamentalmente responde al descenso en la tasa de densidad sindical, la disminución en el número de sindicatos reconocidos para la negociación y en el número de *shop stewards*. Esto unido a la restrictiva reforma sobre la ley del derecho de huelga, que el propio gobierno contempla como un ataque a la libre competencia del mercado, agudizan la individualización de los derechos laborales con la consiguiente desprotección para los trabajadores, especialmente en el contexto del “Brexit”. No obstante, dada la realidad socioeconómica globalizada, cabe preguntarse si alguna de estas devastadoras perspectivas es perceptible en nuestro ordenamiento jurídico o el riesgo de contagio *ad futurum*».

• **TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 144 (2018)**

Jean-Michel SERVAIS, «Derecho Internacional del Trabajo y resolución de conflictos laborales transnacionales», págs. 13-26.

Resumen: «La proliferación de la conflictividad laboral transnacional propicia la búsqueda de métodos eficaces de resolución de conflictos en este nivel. Cuando se detectan los elementos que determinan la transnacionalidad del conflicto de derechos o de intereses, surge el problema de la ley aplicable a la resolución del mismo.

Nos encontramos en presencia de diferentes ordenamientos jurídicos aplicables —internacional, europeo y nacionales— que en ocasiones resultan incluso contrapuestos entre sí. En este contexto nos interrogamos sobre la viabilidad de una solución adecuada a todas ellas. El estudio no considera apropiados los procedimientos legales y judiciales, abogando por la puesta en marcha de procedimientos extrajudiciales, tales como la mediación, la conciliación o el arbitraje. En este escenario deben asumir un

papel importante los acuerdos marco o convenios colectivos e incluso los códigos de buenas prácticas empresariales, configurando métodos extrajudiciales de resolución de conflictos nacidos en el seno de su ámbito de aplicación. Sin excluir la opción de establecer un marco legal de referencia común, estos mecanismos pueden resultar más eficaces».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 38 (2018)***

Carmen JOVER RAMIREZ, «La conciliación laboral y familiar en Reino Unido: una visión comparada con el sistema español», págs. 29-45.

Resumen: «La dimensión plural de la conciliación de la vida laboral y familiar ha llevado a esta a erigirse como un elemento fundamental en el que centrar la atención del legislador y de los interlocutores sociales. El presente estudio pretende analizar dichas medidas de conciliación en un país como Reino Unido caracterizado por su reticencia en determinados periodos políticos a la adopción de medidas de esta índole, al entenderlo una injerencia del poder en el ámbito privado empresarial y por ende, un freno a la competitividad de las empresas. Sin embargo, un cambio en el rumbo político británico y la presión de los interlocutores sociales ha llevado a una cada vez más implicación en el llamado «work-life balance». Las características del sistema británico han conducido a incidir fundamentalmente en los derechos de presencia; de ahí que resulte interesante analizar comparativamente el sistema con el sistema español en aras de poder conocer si dichas medidas podrían ser implantadas en nuestro sistema más volcado aún en los derechos de ausencia que en los de presencia».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 39 (2018)***

Philippe MARTIN, «El "Acto 2º" de la reforma laboral en Francia: las ordenanzas de septiembre de 2017», págs. 59-67.

Sumario: «1. Introducción. 2. Refuerzo de la negociación colectiva y medidas relativas al marco de la misma. 3. Simplificación de la representación de los trabajadores y fusión de las entidades existentes. 4.

Previsibilidad y seguridad en las relaciones laborales. 5. Prevención de los riesgos profesionales. 6. Algunas breves conclusiones».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 40 (2018)***

Alberto ARUFE VARELA, «La polémica sobre la unidad o pluralidad de convenios colectivos en Alemania», págs. 27-45.

Resumen: «La prohibición de pluralidad de convenios colectivos en la empresa es un tema vinculado, en Alemania, a la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, aunque esta última prohibición tiene un sentido diferente al que posee en el Derecho español. Actualmente, se trata de un tema muy polémico en Alemania. Ello se debe a que la legislación allí promulgada para restablecer la prohibición de pluralidad de convenios ha sido recientemente declarada no conforme con la Constitución por el Tribunal Constitucional Federal alemán».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 41 (2018)***

Sofía OLARTE ENCABO, «Contrato de trabajo y esclavitud en Europa», págs. 28-44.

Resumen: «En este trabajo se analiza la esclavitud contemporánea y su progresiva definición en el Derecho Internacional, poniendo de manifiesto el avance de esta realidad en el continente europeo, a la vez que la existencia de un rechazo más político que jurídico a reconocer su existencia. Por el momento, el más alto tribunal europeo en el ámbito de los derechos humanos, el TEDH, no ha tenido muchas ocasiones de pronunciarse al respecto. La sentencia del TEDH de 30 de marzo de 2017, ha sido la última y más importante dictada sobre el tema y a través de ella, comparándola con la normativa de las NNUU y la OIT, se analizan aquí sus elementos definitorios, diferenciando la esclavitud histórica de las nuevas formas de esclavitud., en las que se observa la dificultad de deslindar cuándo una relación de trabajo en condiciones de explotación y sometimiento extremos exceden el ámbito del contrato de trabajo y constituyen tipos penales —trata con fines de explotación laboral,

sometimiento a esclavitud y trabajos forzados—. El supuesto de hecho de esta sentencia se refiere a un grupo de trabajadores agrarios, temporales (recogida de la fresa) extranjeros —nacionales de Bangladesh—, en situación irregular, sin permiso de trabajo, en Grecia. Ante las condiciones de vida y de trabajo (ya que ambos ámbitos se desenvuelven en el mismo tiempo y espacio), pero sobre todo ante el impago de seis mensualidades del salario pactado, inician una huelga para reclamar el pago de dichos salarios, siendo abatidos a tiros por guardias armados de la empresa. Se demanda a Grecia por violación del art. 4 de la Convención Europea de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales relativo a la trata de seres humanos, trabajos forzados y esclavitud o prácticas análogas a ésta. El TEDH condena a Grecia por incumplimiento de obligaciones activas —de prevención de la trata, y de tutela de las víctimas—. No obstante, el TEDH no considera que haya existido esclavitud ni servidumbre, lo que puede aportarnos elementos relevantes en orden a deslindar todos estos fenómenos de explotación laboral extrema vinculados a situaciones de violencia y de gran vulnerabilidad; o yendo más allá, críticamente, a detectar cierta reticencia en este órgano judicial a admitir la existencia de formas contemporáneas de esclavitud en Europa. Al margen de la sentencia en concreto, se compara ésta con otras instancias jurisdiccionales internacionales y se advierte de los riesgos de que la precariedad laboral pueda llevar a prácticas en fraude de ley en las que el contrato de trabajo aparente encubra auténticas relaciones de esclavitud».

• ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 45 (2018)***

Francisca FERNÁNDEZ PROL, «Empresas francesas ante la crisis: el despido económico tras la reforma de 2017», págs. 52-72.

Resumen: «El estudio pone el foco de atención en un peculiar extremo del procedimiento de despido por razón económica. Procura, en la vasta regulación jurídica de este último, identificar y analizar aquellas herramientas, cuyo propósito, al amparo del tópico de la “sécurisation” o “aseguramiento”, es evitar extinciones o amortiguar sus efectos. En clave de contexto, el análisis se inscribe en el marco de la incisiva “Reforma Macron” de 2017, cuyo signo flexibilizador se proyecta también sobre régimen del despido económico y sobre los mecanismos para su acompañamiento social».

- **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 47 (2018)**

Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO, «El despido disciplinario en Italia: la “*giusta causa*” y el “*giustificato motivo soggettivo*”», págs. 55-73.

Resumen: «En el ordenamiento jurídico italiano la extinción de la relación laboral queda englobada en las siguientes situaciones: a) *Licenziamento individuale* —despido individual—: dentro de la extinción individual del derecho italiano, cuando el fundamento del despido tiene que ver con la propia persona despedida, nos encontramos ante lo que se denomina *licenziamento disciplinare* —despido disciplinario— que puede ser por *giusta causa* —justa causa— o por *giustificato motivo soggettivo* —justificado motivo subjetivo— (son dos tipos de despidos diferentes y sobre los que versará esta investigación); o ante un *licenziamento oggettivo* —despido objetivo—. b) *Licenziamento collettivo* —despido colectivo—: extinción inherente a razones empresariales en relación al número de trabajadores despedidos. Se estudia también el procedimiento específico de extinción del vínculo laboral que deberá velar por la garantía de transparencia de las decisiones adoptadas por el empleador o empresario».

- **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 48 (2018)**

Adrián O. GOLDIN, «Sobre los derechos del trabajo de América Latina: evolución y perspectivas», págs. 12-23.

Resumen: «El autor procura identificar algunos rasgos comunes de los Derechos del Trabajo de América Latina Destaca de ese modo su común pertenencia al sistema jurídico continental y la condición de sus sistemas de fuentes como sistemas de limitación de las autonomías de la voluntad. Se trata de derechos influenciados, pero no de derechos transplantados, que han recibido una significativa influencia de los Convenios y las Recomendaciones de la OIT, pero también de regímenes autoritarios instalados hasta los años 80 en la región y, en algunos casos, de las dictaduras europeas del siglo pasado. Se señalan la fuerte presencia de la

informalidad y una cierta cultura de la anomia, que se manifiesta en la atribución de más importancia a la existencia de la ley que a su aplicación efectiva. Se destacan especialmente los procesos de constitucionalización y de codificación presentes en buena parte de los países de la región, y el modo en que se sustanciaron las demandas de flexibilidad laboral, principalmente en los años 90. Se identifican dos modelos de regulación de las relaciones colectivas de trabajo que prevalecen en la región: los de descentralización impuesta por el Estado, en la mayoría de los países de la región, y los de centralización, también impuesta por la ley (particularmente, los de Argentina y de Brasil), modelos ambos cuestionables desde la lógica de los principios de la libertad sindical. Finalmente, se registran de modo muy sintético los cambios normativos más recientes producidos en esos ordenamientos».