

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen XII
Año 2020



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 XII
Año 2020



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 PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

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 incorpora más contribuciones al estudio del Derecho contemporáneo del Trabajo y supone un esfuerzo de crecimiento, si comparado con el volumen inmediatamente precedente del mismo. Expresamos nuestro agradecimiento a todos los colegas que han contribuido a que el nuevo volumen se publique. Y confiamos en que las diversas aportaciones científicas contenidas en este volumen, y relativas a Alemania, Austria, Brasil y los Estados Unidos de América, 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 embodies more contributions to the study of the current Comparative Labor Law, and implies an effort of rise, if compared with the immediately precedent volume of the same. We are grateful to all our colleagues who made it possible the publication of this new volume. And we are confident on that the different scientific papers contained in it, and relating to Germany, Austria, Brazil, and the United States of America, 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 [<i>CONTRIBUTORS INDEX</i>]	13
---	----

I. ESTUDIOS [*RESEARCHES*]

- EL IMPACTO SOBRE EL TRABAJO DE LA ECONOMÍA DIGITAL EN ALEMANIA [*THE IMPACT ON THE EMPLOYMENT OF THE DIGITAL ECONOMY IN GERMANY*] **Holger Brecht-Heitzmann y Uwe Meyer** 17
- *DACAMENTADOS: ¿DESTINOS POSPUESTOS, APLAZADOS Y DESTRUIDOS?* [*DACAMENTED: DESTINIES DELAYED, DEFERRED, AND DESTROYED*] **Kristina M. Campbell** 41
- LA RESPUESTA DEL DERECHO DEL TRABAJO DE BRASIL A LA CRISIS PROVOCADA POR LA PANDEMIA DERIVADA DEL COVID-19 [*THE RESPONSE OF THE BRAZILIAN LABOR LAW TO THE CRISIS CAUSED BY THE PANDEMIC DERIVED FROM COVID-19*] **Luis Felipe do Nascimento Moraes y Juliana Coelho** 55
- EL TRABAJO EN PLATAFORMAS EN AUSTRIA. UN BOSQUEJO DE PROBLEMAS JURÍDICO-LABORALES [*PLATFORM WORK IN AUSTRIA. AN OUTLINE OF LABOR LEGAL PROBLEMS*] **Günther Löschnigg y Nora Melzer-Azodanloo** 73
- LA SORPRENDENTE RECLASIFICACIÓN EN CALIFORNIA COMO TRABAJADORES AUTÓNOMOS DE LOS TRANSPORTISTAS AL SERVICIO DE PLATAFORMAS DIGITALES. LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020 [*THE SURPRISING RECLASSIFICATION IN CALIFORNIA*]

<i>OF APP-BASED DRIVERS AS INDEPENDENT CONTRACTORS. THE PROPOSITION No. 22 OF 2020</i>] Jesús Martínez Girón	85
--	----

II. RECENSIONES DE LIBROS [BOOK REVIEW]

- Héñar ÁLVAREZ CUESTA, *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: Desafíos y propuestas*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2020), 124 págs. **Jesús Martínez Girón**..... 101
- Jaime CABEZA PEREIRO, *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, Bomarzo (Albacete, 2020), 133 págs. **Iván Vizcaíno Ramos**..... 105
- Javier GÁRATE CASTRO, *Lecturas sobre el derecho a la negociación colectiva laboral*, 2ª ed., Cinca (Madrid, 2020), 235 págs. **Jesús Martínez Girón**..... 109
- Belén del Mar LÓPEZ INSUA, *La protección social de las personas inmigrantes: Un modelo garantista*, Atelier (Barcelona, 2020), 223 págs. **Jesús Martínez Girón**..... 113
- Günther LÖSCHNIGG y Christina SCHNITTLER, *Arbeits- und Sozialrecht in den USA – Eine Einführung*, ÖGB Verlag (Viena, 2020), 141 págs. **Jesús Martínez Girón**..... 117
- Rudi MÜLLER-GLÖGE, Ulrich PREIS e Ingrid SCHMIDT (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2020), 3102 págs. **Iván Vizcaíno Ramos**..... 121

III. REVISTA DE REVISTAS [REVIEW OF REVIEWS]*

- *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4 (2019) y núm. 10 (2019)..... 127
- *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 218 (2019), núm. 221 (2019) y núm. 225 (2019)..... 127
- *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 18 (2019), núm. 19 (2019), núm. 20 (2019) y núm. 21 (2019)..... 129

* A cargo de **Iván Vizcaíno Ramos**.

- *Revista de Derecho Social*, núm. 85 (2019) 132
- *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52 (2019), núm. 53 (2019) y núm. 54 (2019) 132
- *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 149 (2019) 136
- *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 51 (2019) y núm. 60 (2019) 137

ÍNDICE DE AUTORES

[CONTRIBUTORS INDEX]

Profesor Doctor Holger Brecht-Heitzmann

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

Profesora Kristina M. Campbell

Catedrática de Derecho de la Universidad del Distrito de Columbia, Washington, D.C.

Licenciada Juliana Coelho

Abogada ejerciente en Joinville-Santa Catarina (Brasil)

Profesor Doctor Luis Felipe do Nascimento Moraes

Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de la Región de Joinville-Santa Catarina (Brasil)

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 Uwe Meyer

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

Profesor Doctor Iván Vizcaíno Ramos

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

ESTUDIOS

[*RESEARCHES*]

EL IMPACTO SOBRE EL TRABAJO DE LA ECONOMÍA DIGITAL EN ALEMANIA*

[*THE IMPACT ON THE EMPLOYMENT OF THE DIGITAL ECONOMY
IN GERMANY*]

Holger Brecht-Heitzmann
Uwe Meyer

Fecha de recepción: 15 enero 2020
Fecha de aceptación: 29 febrero 2020

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS NUEVAS FORMAS DE EMPLEO EN EL MUNDO DIGITAL DEL TRABAJO.- 1. Trabajo móvil.- 2. Economía de plataformas.- III. CONCEPTOS PROTECTORES DEL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO.- 1. Trabajador.- a) El concepto de trabajador hasta 2017.- b) Un nuevo párrafo y muchas cuestiones sin resolver.- c) Laboralidad de los trabajadores en el mundo del trabajo digital.- 2. Personas asimiladas al trabajador.- 3. La Ley del trabajo a domicilio (HAG).- 4. Derecho contractual y condiciones generales de la contratación.- IV. PROTECCIÓN DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.- 1. Empleados, en el sentido del Derecho de la Seguridad Social.- 2. Inclusión de los autónomos en la seguridad social.- 3. Propuestas jurídico-políticas.- V. CONCLUSIÓN.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. NEW KINDS OF EMPLOYMENT IN THE DIGITAL WORLD OF WORK.- 1. Mobile work.- 2. Platform economy.- III. PROTECTIVE CONCEPTS OF GERMAN LABOUR LAW.- 1. Employee.- a) The concept of employee until 2017.- b) A new paragraph and many unresolved issues.- c) Labour nature of the employees in the world of digital work.- 2. People assimilated to employee.- 3. The Home work Act (HWA).- 4. Contract law and general contracting conditions.- IV. PROTECTION BY THE SOCIAL SECURITY LAW.- 1. Employees, in the meaning of the social

* Traducción al castellano, desde el alemán original, de Jesús Martínez Girón.
ACDCT, VOL. XII (2020), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 17-40

security law.- 2. Inclusion of the self-employed in the social security.- 3. Legal-political proposals.- V. CONCLUSION.

Resumen: Este trabajo analiza los principales impactos de la economía digital en el trabajo en Alemania. Desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, partiendo de la noción de trabajador, así como de las normas protectoras del mismo en la legislación alemana. Desde el punto de vista del Derecho de la Seguridad Social, estudiando los mecanismos de protección, tanto de los trabajadores dependientes como de los trabajadores autónomos.

***Abstract:** This work analyzes the main impacts of the digital economy on the employment in Germany. From the point of view of labour law, on the basis of the concept of employee, as well as the protective norms of the same in German legislation. From the point of view of social security law, studying the protective mechanisms, both for dependent employees and self-employed people.*

Palabras clave: Alemania, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Economía de plataformas, Trabajadores asalariados, Trabajadores autónomos

***Keywords:** Germany, Labour and social security law, Platform economy, Employees, Independent contractors*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

La digitalización ha sido buena en todos los ámbitos de la sociedad, en cuanto que factor decisivo para el cambio y la renovación. Modifica la conducta y el tiempo libre de las personas, pero sobre todo la digitalización modifica duraderamente el mercado de trabajo y la economía. Y modifica la forma de trabajar y las formas de empleo. Esta contribución investiga la cuestión de qué influencia tienen la digitalización y la economía digital en las diversas formas de empleo en Alemania, y qué se deriva de ello para la protección jurídico-laboral y de seguridad social de los trabajadores.

El tema no debe abarcar la transformación de concretas actividades, y tampoco debe ocuparse de temas especiales como el empleo de terceras personas o matrices, aunque ambos podrían ganar de nuevo importancia a través de la digitalización¹. Tampoco se discutirán concretos aspectos jurídico-laborales, como, por ejemplo, la delimitación temporal del trabajo y la accesibilidad continua, el empleo de sistemas autónomos y la inteligencia artificial, la protección de la seguridad y salud laboral, el Derecho de protección de datos, las especialidades del Derecho colectivo del Trabajo², así como cuestiones jurídicas en conexión con supuestos de hecho internacionales³.

En primer lugar, se expondrán las nuevas formas de empleo en el mundo del trabajo digital, y después, se investigarán los concretos conceptos protectores del Derecho alemán del Trabajo, en especial, el concepto de trabajador y las personas asimiladas al trabajador. Además, se discutirá la protección de seguridad social de las nuevas formas de empleo en Alemania.

II. LAS NUEVAS FORMAS DE EMPLEO EN EL MUNDO DIGITAL DEL TRABAJO

¹ Arnold/Günther, *Arbeitsrecht* 4.0, 2018, pág. 28 ss. y 64 ss.

² Arnold/Günther, *Arbeitsrecht* 4.0, 2018, págs. 78 ss.

³ Cfr. al respecto, por ejemplo, Däubler/Klebe, *NZA* 2015, 1032, 1038 ss.; Waas, *ArbuR* 2018, 548 ss.

En el mundo digital del trabajo, se modifican las formas de empleo. Por un lado, la digitalización conduce a que el llamado trabajo móvil se amplíe aún más fuertemente. Se habla de trabajo móvil cuando el trabajador ya no tiene un puesto de trabajo fijo que se le asigne en la empresa, y, en consecuencia, frecuentemente ya no están prescritas las jornadas fijas. Por otro lado, a la economía de plataformas le corresponde formas de empleo completamente nuevas, de las que son las principales las formas de empleo en la economía *on demand* y el *crowdworking*.

1. Trabajo móvil

En relación con el trabajo móvil, hay que diferenciar tres formas distintas: el *Home Office*, la *Mobile Office* y el trabajo en el marco del *Open Space*. No obstante, estos conceptos se utilizan en parte también diferenciadamente, dado que no se dan definiciones unitarias o incluso legales. El trabajo en *Home Office* tiene lugar realmente en la vivienda del trabajador, el trabajo en *Mobile Office* puede llevarse a cabo dondequiera en el mundo, mientras que el *Open Space* caracteriza una forma de trabajo del empresario, pero sin un lugar de trabajo fijo⁴. Más y más empresarios, especialmente en el ámbito IT, ya no prevén un lugar de trabajo fijo para cada trabajador. Los trabajadores sin lugar de trabajo fijo deben registrar entonces, en su caso, una oficina o un espacio de encuentro con su empresario, cuando esto sea necesario. Por lo demás, pueden trabajar en otros espacios, por ejemplo, en tresillos habilitados al respecto, espacios comunes o en la cafetería, o aprovechar la *Mobile Office*⁵.

Estos cambios del mundo del trabajo tienen repercusiones en el concepto de trabajador. Pues el concepto alemán de trabajador del parágrafo 611a del Código Civil (BGB) prevé como criterio decisivo para la delimitación del trabajador frente a los autónomos la dependencia personal, sobre todo la sujeción a instrucciones respecto del lugar de trabajo, la jornada de trabajo y el contenido del trabajo. Por eso, las empresas pueden emplear crecientemente autónomos en el trabajo móvil, dado que los requisitos de laboralidad ya no existen para muchos trabajadores móviles⁶.

⁴ Arnold/Günther, *Arbeitsrecht* 4.0, 2018, pág. 110 ss.; Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, 6ª ed., 2018, pág. 401 ss.

⁵ Arnold/Günther, *Arbeitsrecht* 4.0, 2018, pág. 112.

⁶ Meyer, *ZAT* 2018, 133 ss.

2. Economía de plataformas

También aporta grandes cambios al empleo la economía de plataformas en permanente crecimiento a través de Internet, en la que el prestador de servicios y sus clientes se ponen en contacto sobre una plataforma de Internet, como, por ejemplo, Uber, Lieferando, prestaciones de servicios artesanales o de asesoramiento⁷. En principio, pueden distinguirse dos formas diferenciadas en el marco de la economía de plataformas: Por un lado, la economía *on demand* (prestaciones de servicios *offline* en caso de clientes — el principio «Uber»: servicios de transporte, entrega de paquetes, servicio de limpieza, artesanos, pero también asesoramiento médico o jurídico, etc.) y el *crowdworking* (prestaciones de servicios *online*). Mientras que la economía *on demand* sólo cambia la preparación del contrato y su desarrollo en Internet, la realización verdadera de las prestaciones se produce, sin embargo, *offline* en el mundo real (como en los servicios de transporte o en los servicios de entrega de comida), el *crowdworking* juega completamente en el mundo virtual⁸.

También en el *crowdworking* se ponen en contacto las empresas, de un lado, y los prestadores de servicios autónomos, del otro lado, con ayuda de plataformas de Internet⁹. En este caso, la empresa suscribe y otorga encargos sobre actividades o proyectos concretos con la ayuda de Internet al prestador de los servicios, el *crowdworker*, que lleva a cabo luego *online* estos encargos. Prestaciones de servicios posibles son actividades de

⁷ Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, 2018, pág. 13 ss.; Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6ª ed., 2018, pág. 44 ss.; Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf – Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, pág. 99 ss.; Thüsing, Soziales Recht 2016, 87 ss.; Waas, Crowdwork in Germany, en: Waas/Liebman/Lyubarsky/Kezuka, Crowdwork – A Comparative Law Perspektive, Frankfurt am Main 2017, pág. 142 ss.

⁸ Arnold/Günther, Arbeitsrecht 4.0, 2018, S. 39 ff.; Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6ª ed., 2018, pág. 401 ss.

⁹ Deinert/Sutterer-Kipping, Solo-Selbstständige, en: Deinert/Maksimek/Sutterer-Kipping, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, Frankfurt am Main 2020, pág. 312 ss.; Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf – Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, pág. 101 s.

escribir, como redactar instrucciones de uso, traducciones, soporte técnico en computadores y dispositivos de comunicación, actividades de programación complejas y tareas creativas o actividades de asesoramiento.

Existe la posibilidad de que la empresa contacte directamente con el *crowdworker* y celebre con él un contrato. En la práctica, sin embargo, prevalece la preparación del contrato sobre plataformas de Internet. Estas plataformas de Internet externas se organizan entre tanto como un interlocutor contractual más y asumen la totalidad de la llevanza del contrato¹⁰. Al igual que en la economía *on demand*, existe una relación triangular entre consumidor, plataforma de Internet y prestador de servicios (o *crowdworker*). Una de las plataformas de *crowdworking* más grande del mundo, Freelancer.com, tiene 24 millones de usuarios, según sus propias informaciones¹¹. En Alemania, puede partirse aproximadamente de 1 a 2 millones de *crowdworkers*, de los que la mayor parte, sin embargo, sólo son activos como *crowdworkers*, en concepto de profesiones complementarias¹². Esto puede ser posible por causa de que hasta ahora en Alemania apenas se han tramitado procesos ante los tribunales sobre el tema del *crowdworking*¹³.

III. CONCEPTOS PROTECTORES DEL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO

En lo esencial, el Derecho alemán del Trabajo conoce tres conceptos para proteger al empleado: La aplicación de toda la protección jurídico-laboral a los trabajadores, la aplicación de concretas leyes laborales a las personas asimiladas al trabajador y, finalmente, la aplicación de una protección jurídico-laboral rudimentaria a los trabajadores a domicilio, al amparo de la Ley del trabajo a domicilio (HAG). Aparte ello, también existe

¹⁰ Arnold/Günther, *Arbeitsrecht* 4.0, 2018, pág. 47 ss; Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, 6ª ed., 2018, pág. 449 ss.

¹¹ Deinert/Sutterer-Kipping, Solo-Selbstständige, en: Deinert/Maksimek/Sutterer-Kipping, *Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts*, Frankfurt am Main 2020, pág. 314; Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, 6ª ed., 2018, pág. 453 s.

¹² Krause, *Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf – Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag*, 2016, pág. 102 s.

¹³ LAG München, 4.12.2019, 8 Sa 146/19, negó la cuestión de si el *crowdworker* es trabajador (recurso de casación admitido en el Tribunal Federal de Trabajo).

fuera del Derecho del Trabajo un concepto protector para los autónomos en el Derecho de contratos del Código Civil y, en especial, con ayuda de las reglas sobre las condiciones generales de la contratación.

1. Trabajador

En relación con la cuestión de quién es y quién no es trabajador, prevalece en Alemania en la actualidad una dimensión no despreciable de inseguridad. Hasta el año 2017, el concepto de trabajador en la práctica estaba acuñado por la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo (BAG), dado que faltaba una regulación legal. Desde 2017, el concepto de trabajador está codificado en el parágrafo 611a del Código Civil, con el cual el legislador quiso asumir expresamente, sin embargo, la definición anterior del Tribunal Federal de Trabajo. Si esto se ha logrado y si el Tribunal Federal de Trabajo mantiene inmodificada de hecho su jurisprudencia anterior, es algo no resuelto, no obstante. En la doctrina científica laboralista, hay una posición no dominante, la cual parte de que en el futuro, a través de la nueva regulación legal, deben establecerse otros anclajes, relacionados precisamente con los cambios en el mundo del trabajo a través de la digitalización.

a) El concepto de trabajador hasta 2017

El trabajador se definía en Alemania de acuerdo con la jurisprudencia anterior del Tribunal Federal de Trabajo y la laboralidad, ante todo, sobre la dependencia personal del trabajador¹⁴. Este concepto de trabajador se acomoda a la sociedad industrial del siglo XX, en la que el trabajo sujeto a la dirección del empresario era la forma de empleo ampliamente extendida. De acuerdo con la jurisprudencia anterior de los tribunales laborales, a la que ha seguido en gran parte la doctrina científica laboralista, tres requisitos determinan el concepto de trabajador: Trabajador es quien,

¹⁴ Tribunal Federal de Trabajo 14.6.2016, 9 AZR 305/15, NJW 2017, 426; Tribunal Federal de Trabajo 25.9.2013, 10 AZR 282/12, NJW 2013, 3672; Dütz/Thüsing, *Arbeitsrecht*, 20^a ed., 2015, § 2 marg. 36; Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 14^a ed., 2015, marg. 91 ss.

- sobre la base de un contrato de Derecho privado,
- al servicio de otro
- presta un trabajo por cuenta ajena y bajo instrucciones, con dependencia personal¹⁵.

No obstante, en la doctrina científica laboralista había modificaciones parciales y, también, puntos de vista contrarios sobre el concepto de trabajador. El Tribunal Federal de Trabajo y muchos autores laboralistas veían el concepto de trabajador como el llamado concepto tipo, que no tiene características reales fijamente definidas¹⁶. Al respecto, también se vio la integración del trabajador en el centro de trabajo del empresario como un criterio importante de laboralidad¹⁷. La jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo se apoya, en parte, en más características o remite a otros principios para concretas actividades y cuestiones especiales de delimitación. Las citadas tres características reales pueden considerarse, sin embargo, como requisitos fundamentales reconocidos de carácter general y, consecuentemente, como sus piezas nucleares¹⁸. Para la característica real más importante, la dependencia personal, es decisivo que el empresario tenga poder de dirección en relación con el lugar de trabajo, la jornada de trabajo y el contenido del trabajo, frente al trabajador¹⁹.

b) Un nuevo párrafo y muchas cuestiones sin resolver

¹⁵ Dütz/Thüsing, *Arbeitsrecht*, 20ª ed., 2015, § 2 marg. 33; Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 14ª ed., 2015, marg. 91; Preis, en: *Erfurter Kommentar*, 16ª ed., 2016, § 611 BGB marg. 35; Schöne, en: Boecken / Düwell / Diller / Hanau (editores), *Nomos Kommentar – Gesamtes Arbeitsrecht*, 2016, 4, § 611 BGB marg. 58, Waltermann, *Arbeitsrecht*, 18ª ed., 2016, marg. 44.

¹⁶ Tribunal Federal de Trabajo 11.8.2015, 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288; Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 14ª ed., 2015, marg. 99; detalladamente: Waltermann, *Arbeitsrecht*, 18ª ed., 2016, marg. 57 ss.; críticamente: Dütz/Thüsing, *Arbeitsrecht*, 20ª ed., 2015, § 2 marg. 36.

¹⁷ Tribunal Federal de Trabajo 25.9.2013, 10 AZR 282/12, NJW 2013, 3672; Dütz/Thüsing, *Arbeitsrecht*, 20ª ed., 2015, § 2 marg. 36; Preis, en: *Erfurter Kommentar*, 16ª ed., 2016, § 611 BGB marg. 51 s. y 59 s; Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 14ª ed., 2015, marg. 99.

¹⁸ Krause, *Arbeitsrecht*, 3ª ed., 2015, marg. 8.

¹⁹ Tribunal Federal de Trabajo 14.6.2016, 9 AZR 305/15, NJW 2017, 426; Tribunal Federal de Trabajo 25.9.2013, 10 AZR 282/12, NJW 2013, 3672; Dütz/Thüsing, *Arbeitsrecht*, 20ª ed., 2015, § 2 marg. 36; Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 14ª ed., 2015, marg. 91 ss.

Desde 1 abril 2017, el parágrafo 611a, apartado 1, del Código Civil contiene la siguiente definición de contrato de trabajo:

1 Por medio del contrato de trabajo, se obliga el trabajador al servicio de otro a la prestación de un trabajo por cuenta ajena, sujeto a instrucciones, con dependencia personal. *2* El poder de dirección puede afectar al contenido, ejecución, tiempo y lugar de la actividad. *3* Está sujeto a instrucciones quien, en lo esencial, no puede decidir organizar con libertad su actividad y su jornada. *4* El grado de dependencia personal también depende, en ese caso, de la modalidad de la actividad respectiva. *5* Para determinar si existe el contrato de trabajo, hay que atender prioritariamente a una valoración conjunta de todas las circunstancias. *6* Si la ejecución objetiva de la relación contractual muestra que se trata de una relación laboral, no hay que tener en cuenta la denominación del contrato.

La nueva regulación legal de la relación laboral y, con ella, del concepto de trabajador del parágrafo 611a del Código Civil no ha creado en Alemania ningún concepto nuevo de trabajador. El legislador solamente quería asumir el concepto de trabajador desarrollado hasta entonces por la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo²⁰. Los requisitos que deben existir para calificar a un empleado como trabajador son a primera vista los mismos. Sin embargo, con una segunda ojeada, se agita alguna de las cuestiones controvertidas hasta ese momento. Debía decidirse la cuestión de si el criterio discutido hasta entonces de la dependencia económica puede jugar algún papel. Dado que este criterio no se encuentra mencionado en la regulación, resulta irrelevante para el nuevo concepto de trabajador del parágrafo 611a del Código Civil²¹. Lo mismo se aplica, en cuanto al resultado, también a la integración en el centro de trabajo, que claramente no se tuvo en cuenta en la redacción definitiva, frente a la primera redacción del parágrafo 611a del Código Civil²². No obstante, esto se contempla en parte de otro modo en la doctrina científica alemana²³.

²⁰ Así, el legislador: BT-Drs. 18/9232, pág. 4 y 31.

²¹ Rinck, RdA 2019, 127, 129.

²² Hromadka y Maschmann, 6ª ed., 2018, § 1 marg. 29; Preis, NZA 2018, 820; Rinck, RdA 2019, pág. 129.

²³ Schneider, en: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Tomo 1 Individualarbeitsrecht I, 4ª ed., 2018, § 18 marg. 20.

También queda sin resolver la cuestión de la relación entre sujeción a instrucciones y ajenidad. Por un lado, la sujeción a instrucciones y la ajenidad están muy próximas en lo que respecta al contenido, de manera que sobre ello puede hablarse con propiedad de que ambos conceptos tienen un significado similar. Pero, según otro punto de vista, también puede ser posible trabajar por cuenta ajena y, en consecuencia, ser trabajador, sin estar sujeto a instrucciones²⁴.

Una jurisprudencia relevante del Tribunal Federal de Trabajo sobre el nuevo concepto de trabajador del párrafo 611a del Código Civil no existe hasta el momento presente. Las pocas decisiones más recientes del Tribunal Federal de Trabajo sobre delimitación del concepto de trabajador, que se remiten al párrafo 611a del Código Civil, no contienen todavía declaraciones en lo que se refiere al contenido²⁵. No obstante, una nueva decisión del Tribunal Federal de Trabajo de 21.5.2019 señala que el Tribunal Federal de Trabajo podría mantener por completo su jurisprudencia anterior. Y es que se dice allí que en la nueva regulación legal se refleja la jurisprudencia anterior²⁶.

c) Laboralidad de los trabajadores en el mundo del trabajo digital

En el caso de trabajadores en el ámbito del trabajo móvil, no se ejercita parcial o incluso totalmente el poder de dirección en ámbitos concretos —en especial, respecto del lugar de trabajo, pero tampoco, en su caso, respecto de la jornada de trabajo—. Sin embargo, en lo demás, se mantiene la sujeción a instrucciones, de manera que el trabajo móvil, como regla general, no se opone a la subordinación del trabajador. En cambio, se presenta con muy variadas formas la situación de los trabajadores en la economía de plataformas, donde no cabe adoptar sin más una posición

²⁴ Schneider, en: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Tomo 1 Individualarbeitsrecht I, 4ª ed., 2018, § 18 marg. 18 s. y 33; Preis, en: Erfurter Kommentar, 20ª ed., 2020, § 611a BGB marg. 41 s.; Preis, NZA 2018, pág. 819 ss; parecidamente: Rinck, RdA 2019, pág. 128.

²⁵ Tribunal Federal de Trabajo 9.4.2019, 9 AZB 2/19; Tribunal Federal de Trabajo 27.6.2017, 9 AZR 851/16, NZA 2017, 1463.

²⁶ Tribunal Federal de Trabajo 21.5.2019, 9 AZR 295/18, NZA 2019, 1411.

general sobre la subordinación jurídica. Más bien, hay que ajustarse en cada caso a la concreta organización de la relación jurídica²⁷.

Así, en el *crowdworking* interno, se emplea al trabajador con el consentimiento del empresario dentro de la empresa o del grupo, como *crowdworker*²⁸. Aquí se trata de una actividad por cuenta ajena y sujeta a instrucciones, que puede compararse a la situación en la que el empresario envía un trabajador al cliente²⁹. La laboralidad se da en ese caso, y puede corresponderle al conjunto del Derecho del Trabajo su eficacia protectora.

Más dificultosa se manifiesta la subordinación jurídica del *crowdworker* externo y del resto de trabajadores de plataformas en el ámbito de la economía *on demand*. La opinión dominante (hasta el momento presente) niega, con carácter general, la existencia de una relación laboral, también cuando la protección legal existente de los autónomos se considera como insatisfactoria para este grupo de personas³⁰. En este caso, se argumenta específicamente que la mayoría de las veces se trata de contratos de obra dependientes del resultado, y que los *crowdworkers* tienen libertad de elección del encargo y del lugar de trabajo³¹. Sin embargo, estos argumentos no son apremiantes: Si un encargo se asigna con la expectativa de que el mismo se realice, pero sólo se paga la contraprestación en caso de éxito, entonces se trata de riesgos empresariales desplazados inadmisiblemente sobre el trabajador dependiente. Lo mismo parece respecto de un teórico posible rechazo del encargo: Si fácticamente la aceptación se presenta como una regla absoluta y el rechazo como una rara excepción, entonces no puede asignarse a este criterio ninguna importancia decisiva³². Finalmente, por principio, no se opone a la laboralidad la falta de sujeción a instrucciones respecto del lugar (o también, respecto de otros puntos de vista). Pues el parágrafo 611a, apartado 1, incisos 4 y 5, del Código Civil indican que el grado de dependencia personal también puede depender de la modalidad de la actividad respectiva y, finalmente, se corresponde con una valoración conjunta de todas las circunstancias. El

²⁷ Deinert/Sutterer-Kipping, Solo-Selbstständige, en: Deinert/Maksimek/Sutterer-Kipping, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, Frankfurt am Main 2020, pág. 336.

²⁸ Leist/Hießl/Schlachter, Plattformökonomie – Eine Literaturlauswertung, BMAS-Forschungsbericht 499, 2017, pág. 10.

²⁹ Däubler, Soziales Recht – Sonderausgabe 2016, 2, 36.

³⁰ Así, la valoración de la doctrina por Leist/Hießl/Schlachter, Plattformökonomie – Eine Literaturlauswertung, BMAS-Forschungsbericht 499, 2017, pág. 79.

³¹ En este sentido, por ejemplo, Schubert, RdA 2018, 200, 204.

³² Däubler, Soziales Recht – Sonderausgabe 2016, 2, 35.

problema siempre continúa siendo la declaración de dependencia personal. Al respecto, la codificación legal del parágrafo 611a del Código Civil ofrece un nuevo punto de apoyo para colocar las respuestas negativas tradicionales en situación de reexamen.

El parágrafo 611a, apartado 1, inciso 1 del Código Civil habla de «trabajo por cuenta ajena y sujeto a instrucciones, en dependencia personal». En este caso, la dependencia personal es un concepto genérico, que se exterioriza tanto en la sujeción a instrucciones como en la ajenidad. Si se abandona ahora la idea de que la sujeción a instrucciones y la ajenidad representan conceptos sinónimos, entonces cabe comprender que sean circunstancias fácticas alternativas³³. Pues en el caso concreto puede suprimirse totalmente la sujeción a instrucciones, si la actividad se realiza de otro modo por cuenta ajena y, en este caso, se manifiesta una relación no subordinada/subordinada³⁴. Con semejante posición, también cabe implementar especialmente los requisitos de la ley de la Unión Europea, e incluir unas relaciones de dependencias tan nuevas en un mundo diversificado del trabajo³⁵.

Con este punto de vista, el «Feedback», los sistemas de valoración, los sistemas de *rating* y los sistemas de reputación juegan un papel especial³⁶. Pues las instrucciones son superfluas en buena medida, cuando la satisfacción de los clientes sea el baremo para la futura asignación de encargos. De ahí que la ajenidad pueda derivarse de que los empleados estén sujetos a un sistema de control. Cuanto más amplio sea este control o más fuertemente se conecte a concretos comportamientos o a otras ventajas, tanto más hay que sostener la laboralidad.

2. Personas asimiladas al trabajador

Sin embargo, tienen que valorarse aquellas numerosas constelaciones de casos, en los que el *crowdworker* y otros trabajadores de

³³ Preis, NZA 2018, 817, 820; Rinck, RdA 2019, 127, 128; Schneider, en: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Tomo 1 Individualarbeitsrecht I, 4ª ed., 2018, § 18 marg. 33; Wank, ArbuR 2017, 140, 143.

³⁴ Rinck, RdA 2019, 127, 128.

³⁵ Preis, NZA 2018, 817, 820.

³⁶ Kocher/Hensel, NZA 2016, 984, 988.

plataformas no se consideran trabajadores, sino autónomos. En estos casos, hay que comprobar si se trata de personas asimiladas al trabajador, para las que sólo existe, sin embargo, una protección reducida.

Los autónomos que pueden decidir por sí mismos, en lo esencial, el lugar de trabajo, la jornada de trabajo y el contenido del trabajo, pero porque son económicamente dependientes de un dador de encargos, se denominan «personas asimiladas al trabajador». No hay ninguna definición unitaria en el Derecho alemán del Trabajo, aunque el parágrafo 12a, apartado 1, de la Ley del convenio colectivo (TVG) contiene una definición para el Derecho de convenios colectivos, que cabe generalizar³⁷. Según él, la persona asimilada al trabajador requiere, en primer lugar, que sea económicamente dependiente del dador de encargos y esté necesitada de protección de seguridad social comparable a la de un trabajador³⁸.

Es económicamente dependiente quien emplea más de la mitad de su jornada de trabajo para este dador de encargos o percibe de éste más de la mitad de sus ingresos. Esto se desprende del parágrafo 12a, apartado 1, de la Ley del convenio colectivo (TVG). La necesidad de protección de seguridad social comparable a la de un trabajador existe cuando la medida de la dependencia, según el tráfico negocial, alcanza un grado equivalente al que, por lo general, existe en una relación laboral y los servicios prestados resultan comparables con los de un trabajador, de acuerdo con su tipo sociológico³⁹. Esto sólo puede determinarse con base en todas las circunstancias del caso concreto⁴⁰. Otro requisito es que la persona asimilada al trabajador actúe, en lo esencial, sin colaboradores propios. Por eso, pueden incluirse en este concepto especialmente los llamados autónomos en solitario⁴¹.

En este sentido, el problema que existe es que los *crowdworkers* y otros trabajadores de plataformas trabajen para una multitud de interlocutores contractuales, de manera que no sean económicamente

³⁷ Krause, *Arbeitsrecht*, 3ª ed., 2015, marg. 30.

³⁸ Tribunal Federal de Trabajo 15.11.2005, 9 AZR 626/04, NZA 2007, 1320; Tribunal Federal de Trabajo 15.4.1993, 2 AZR 32/92, NZA 1993, 789; Preis, en: *Erfurter Kommentar*, 20ª ed., 2020, § 611a BGB marg. 80 s.; Krause, *Arbeitsrecht*, 3ª ed., 2015, marg. 30.

³⁹ Tribunal Federal de Trabajo 17.1.2006, 9 AZR 61/05, EzA § 2 BUrlG Nr. 6.

⁴⁰ Tribunal Federal de Trabajo 15.4.1993, 2 AZR 32/92, NZA 1993, 789; Preis, en: *Erfurter Kommentar*, 20ª ed., 2020, § 611a BGB marg. 80.

⁴¹ Preis, en: *Erfurter Kommentar*, 20ª ed., 2020, § 611a BGB marg. 80.

dependientes de un solo dador de encargos. Pero otra situación existe cuando se estructura la relación contractual entre quien explota la plataforma y el *crowdworker*. Si existe un contrato entre la plataforma y el *crowdworker*, y éste representa financiera o temporalmente la actividad predominante, entonces puede tratarse de una persona asimilada al trabajador⁴².

Sin embargo, en este caso, la protección ofrecida es rudimentaria, pues a la persona económicamente dependiente no se le aplica, en principio, el Derecho del Trabajo. La persona asimilada al trabajador no es incluso ningún trabajador, sino un autónomo. Sólo con pocas excepciones están comprendidos los afectados en las normas protectoras del Derecho del Trabajo. A las personas asimiladas al trabajador se les aplica, por ejemplo, la Ley federal de vacaciones con las vacaciones mínimas legales, también la Ley de protección de la maternidad desde hace poco tiempo, la Ley general de trato igual con sus prohibiciones de discriminar, y algunas pocas otras normas⁴³. Normas fundamentales, como la Ley de protección contra el despido, la Ley de pago continuado del salario en caso de enfermedad o el salario mínimo no resultan, en cambio, aplicables en absoluto. Y de ahí que resulte consecuente el que se exija, en política del Derecho, una ampliación de la protección de estos grupos de personas⁴⁴.

Un punto de partida podría representarlo, sin embargo, el Derecho de convenios colectivos ya mencionado. Cabe celebrar convenios colectivos para las personas asimiladas a trabajadores y esto, en su caso, resulta defendible a través de la huelga⁴⁵. Resulta difícil, sin embargo, la

⁴² Bourazeri, NZA 2019, 741, 744.

⁴³ Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, 24ª ed., 2019, § 2, marg. 39; Preis, en: Erfurter Kommentar, 20ª ed., 2020, § 611a BGB marg. 82 s.; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 18ª ed., 2019, marg. 104; Stein, en: Kempen/Zachert, TVG, 5ª ed., 2014, § 12a marg. 8 ss.; Krause, Arbeitsrecht, 3ª ed., 2015, marg. 32. Más en concreto, se trata de las siguientes normas jurídicas: § 6, ap. 1, núm. 3 de la Ley general de trato igual (AGG); § 5, ap. 1, inciso 2, de la Ley de tribunales de trabajo (ArbGG); § 2, ap. 2, núm. 3, de la Ley de prevención de riesgos laborales (ArbSchG); § 26, ap. 8, núm. 6, de la Ley federal de protección de datos (BDSG); § 2, inciso 2, de la Ley federal de vacaciones (BUrIG); § 3, núm. 12, letra f), de la Ley de diagnóstico genético (GenDG); § 1, ap. 1, núm. 3, de la Ley de protección del trabajo de los jóvenes (JArbSchG); § 1, ap. 2, inciso 2, núm. 7, de la Ley de protección de la maternidad (MuSchG); § 7, ap. 1, núm. 3, de la Ley de períodos de atención (PflegeZG); y § 12ª, ap. 1, núm. 1, de la TVG.

⁴⁴ Cfr., por ejemplo, Schubert, RdA 2018, 200, 206.

⁴⁵ Stein, en: Kempen/Zachert, TVG, 5ª ed., 2014, § 12a marg. 44.

organización de los *crowdworkers*⁴⁶. Los mayores sindicatos alemanes, IG Metall y ver.di, han empezado, no obstante, con ello, y organizan también en la actualidad autónomos en solitario⁴⁷. En noviembre 2019, comenzó el IG Metall una campaña de colaboración con YouTubers Union, que podría tener influencia en YouTube⁴⁸. Debería quedar claro que la consecución colectiva de mejores condiciones de trabajo para los *crowdworkers* será un proceso largo y todo lo contrario de sencillo.

3. La Ley del trabajo a domicilio (HAG)

La Ley del trabajo a domicilio entró en vigor el año 1951. Inicialmente, la Ley del trabajo a domicilio fue concebida para las actividades industriales a realizar por los trabajadores como trabajo a domicilio, típico por aquel entonces. Pero desde la modificación de la Ley del trabajo a domicilio en el año 1974, se comprenden todas las actividades lucrativas en el ámbito de aplicación de la Ley del trabajo a domicilio, también las actividades no industriales y las de trabajadores intelectuales⁴⁹. Según una nueva posición del Tribunal Federal de Trabajo, incluso actividades cualificadas se comprenden en el ámbito de aplicación de la Ley del trabajo a domicilio⁵⁰. Según el párrafo 2, apartado 1, de la Ley del trabajo a domicilio es trabajador a domicilio quien, en lugares de trabajo libremente elegidos, también, por ejemplo, en la propia vivienda o en otro centro de trabajo propio, trabaja solo o con sus familiares en un encargo de industriales o intermediarios. El trabajador a domicilio, además, debe trabajar profesionalmente, continuamente y para ganarse la vida, y transmitir directa o indirectamente el aprovechamiento de los resultados del trabajo al dador de los encargos⁵¹.

⁴⁶ Schwemmler, AiB extra Septiembre 2015, 35 ss.

⁴⁷ DGB, Arbeitswelt von morgen: IG Metall öffnet sich für Solo-Selbstständige, 22.10.2015, <https://www.dgb.de/themen/++co++c806b29a-78ac-11e5-bee5-52540023ef1a>; cfr., también, Fair Crowd Work, Gewerkschaftliche Informationen und Austausch zu Crowd-, App- und plattformbasiertem Arbeiten, <http://faircrowd.work/de/> und ver.di, Besser arbeiten in der Crowd, <https://www.verdi.de/themen/digitalisierung/crowdwork>; correspondiente a la última entrada 28.11.2019.

⁴⁸ FairTube, Die Aktionen haben begonnen! 12.11.2019, <https://fairtube.info/de/aktion>, última entrada: 28.11.2019.

⁴⁹ Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6ª ed., 2018, pág. 472.

⁵⁰ Tribunal Federal de Trabajo 14.6.2016, 9 AZR 305/15, NJW 2017, 426.

⁵¹ Tribunal Federal de Trabajo 14.6.2016, 9 AZR 305/15, NJW 2017, 426.

No existe entonces ninguna dependencia personal, y los trabajadores a domicilio no son trabajadores. Pero existe una dependencia económica del dador de los encargos, de manera que los trabajadores a domicilio son, como regla general, personas asimiladas al trabajador⁵². Quien trabaja autónomamente para uno o varios empresarios en *Home Office* o en una oficina alquilada por él, puede ser considerado trabajador a domicilio a los efectos de la Ley del trabajo a domicilio⁵³. Sin embargo, la protección jurídico-laboral del trabajador a domicilio es marcadamente reducida en la Ley del trabajo a domicilio⁵⁴, de manera que la aplicación de los preceptos de la Ley del trabajo a domicilio en la práctica tiene poca importancia. Pero podrían contribuir a la protección de seguridad social de los afectados⁵⁵.

4. Derecho contractual y condiciones generales de la contratación

Si el empleado no es trabajador, ni persona asimilada al trabajador ni trabajador a domicilio, entonces no resulta aplicable en Alemania el Derecho del Trabajo. En su lugar, el empleado estará protegido sólo por el Derecho contractual general y, en especial, por las normas sobre las condiciones generales de la contratación⁵⁶. Pero las reglas de protección del Derecho contractual del Código Civil alemán y, también, las del Derecho de las condiciones generales de la contratación son reglas de protección entre partes contractuales autónomas. Por eso, el nivel de protección es en este ámbito jurídico muy reducido. En su caso, se exige por la jurisprudencia garantizar a las partes del contrato estructuralmente vinculadas la protección

⁵² Bayreuther, *Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten*, 2018, pág. 18; Krause, *Arbeitsrecht*, 3ª ed., 2015, marg. 31; Küfner-Schmitt/Schleusener, *Handbuch Betriebsverfassungsrecht*, 2014, pág. 22.

⁵³ Tribunal Federal de Trabajo 14.6.2016, 9 AZR 305/15, NJW 2017, 426.

⁵⁴ Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, 6ª ed., 2018, pág. 473 s.

⁵⁵ Preis, *RdA* 2019, 75, 88.

⁵⁶ Bayreuther, *Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten*, 2018, pág. 64 s; Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, 6ª ed., 2018, pág. 477 ss.; Waas, *Crowdwork in Germany*, en: Waas/Liebman/Lyubarsky/Kezuka, *Crowdwork – A Comparative Law Perspektive*, Frankfurt am Main 2017, pág. 171 ss.

mínima otorgada por la Constitución, a través de la aplicación de las cláusulas generales jurídico-civiles⁵⁷.

IV. PROTECCIÓN DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La cuestión de la protección jurídica de las nuevas formas de empleo que se deriva de la digitalización, se plantea de igual modo en el Derecho de la Seguridad Social. La falta de inclusión en el sistema de seguridad social tiene repercusiones de gran alcance, que no se limitan a la protección insuficiente de los afectados: mejor dicho, éstos no contribuyen por medio del pago de cotizaciones a la financiación solidaria de la seguridad social, y la comunidad debe soportar las consecuencias de la falta de protección jurídica de seguridad social a través de prestaciones sociales financiadas con impuestos⁵⁸. De aquí que haya que analizar en qué modo puede llevarse a cabo la inclusión en la seguridad social.

1. Empleados, en el sentido del Derecho de la Seguridad Social

En primer lugar, el punto de partida es el concepto de empleados del párrafo 7, apartado 1, del Libro IV del Código de Seguridad Social (SGB IV), dado que para estas personas existe el deber de aseguramiento en los cinco sectores de la seguridad social, esto es, el seguro de pensiones (párrafo 1, inciso 1, núm. 1, del Libro VI del Código de Seguridad Social, SGB VI), el seguro de enfermedad (párrafo 5, apartado 1, núm. 1, del Libro V del Código de Seguridad Social, SGB V), el seguro de dependencia (párrafo 20, apartado 1, inciso 2, núm. 1, del Libro XI del Código de Seguridad Social, SGB XI), el seguro de desempleo (párrafo 25, apartado 2, del Libro III del Código de Seguridad Social, SGB III), así como el seguro de accidentes de trabajo (párrafo 2, apartado 1, núm. 1, del Libro VII del Código de Seguridad Social, SGB VII). El párrafo 7, apartado 1, del Libro IV del Código de Seguridad Social dice:

⁵⁷ Däubler, *Soziales Recht – Sonderausgabe* 2016, 2, 38.

⁵⁸ Brose, *Soziale Sicherheit* 2019, 330, 331 ss.

¹Empleo es el trabajo no autónomo, especialmente por medio de una relación laboral.²Indicios de dicho empleo son la actividad siguiendo instrucciones y la inserción en la organización laboral de quien da las instrucciones.

La definición presenta claros paralelismos con el concepto jurídico-laboral de trabajador, pero ambos no son idénticos⁵⁹. En jurisprudencia constante, el Tribunal Federal de Seguridad Social (BSG) se fija igualmente en la dependencia personal⁶⁰. Esto se ha dicho en relación con el empleo en un centro de trabajo ajeno,

cuando el empleado se inserta en el centro de trabajo y, en consecuencia, está sujeto al poder de dirección del empresario que comprende el tiempo, duración, lugar y clase de prestación. Esta dependencia jerárquica puede estar limitada —particularmente, respecto de servicios de superior clase— y mejorada para la «participación funcionalmente adaptada en el proceso laboral». En cambio, una actividad autónoma se caracteriza preferentemente por el riesgo empresarial propio, la existencia de un establecimiento propio, la disponibilidad de mano de obra propia y una actividad y tiempo de trabajo organizados de manera esencialmente libre. Si alguien está empleado o trabaja autónomamente, ello se subordina a las circunstancias que conforman la visión de conjunto de la prestación laboral, y depende de las características que prevalecen [...] ⁶¹.

En vista de la semejanza de los criterios de delimitación, en la mayor parte de los casos hay que partir de que el examen de la cualidad de empleado en el Derecho de la Seguridad Social y la cualidad de trabajador en el Derecho del Trabajo lleva al mismo resultado⁶². Sobre la base de la respectiva definición abierta, con una valoración conjunta de todas las circunstancias del caso concreto, resulta igualmente difícil, sin embargo,

⁵⁹ Para la opinión dominante, cfr. Berchtold, en: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 6ª ed., 2019, § 7 SGB IV marg. 17. Otra opinión, Greiner, NZS 2009, 657, 664.

⁶⁰ Últimamente, Tribunal Federal de Seguridad Social 19.9.2019, B 12 R 25/18 R, marg. 14.

⁶¹ Tribunal Federal de Seguridad Social 4.6.2019, B 12 R 11/18 R, NZA 2019, 1583, 1584.

⁶² Rittweger, en: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK Sozialrecht, 54ª ed., a fecha de 01.09.2019, § 7 SGB IV marg. 4; Zieglmeier, en: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 102º suplemento, entrega diciembre 2018, § 7 SGB IV marg. 13.

pronosticar decisiones en el Derecho del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social, y puede conducir en casos dudosos a resultados absolutamente diversos.

En este sentido, también respecto de la subsunción en el concepto de empleado, se presentan los mismos problemas que en el Derecho del Trabajo. Ante todo, la sujeción a instrucciones en relación con el tiempo y el lugar de trabajo, en el caso de los *crowdworkers* y de otros empleados de plataformas, es típicamente muy limitada, de manera que en la mayor parte de los casos, según la interpretación actual del precepto, no existirá empleo en el sentido del párrafo 7, apartado 1, del Libro IV del Código de Seguridad Social⁶³.

También en el Derecho de la Seguridad Social, la interpretación podría ampliarse: el anticipo de órdenes en la descripción de tareas, la inclusión de elementos de control y la inserción técnico-fáctica en la organización laboral ofrecen indicios a los que podría recurrirse para la consideración dentro del concepto de empleado⁶⁴.

2. Inclusión de los autónomos en la seguridad social

Además, según opiniones actuales, ya existe una serie de posibilidades por las cuales los autónomos podrían ser incluidos en la seguridad social.

De conformidad con el párrafo 12, apartado 2, del Libro IV del Código de Seguridad Social, los trabajadores a domicilio se consideran empleados. El precepto los define como personas que trabajan profesionalmente en un establecimiento propio por orden y por cuenta de empresas industriales, de entidades sin ánimo de lucro o de corporaciones de Derecho público, incluso cuando se autoprocuran materias primas o recursos. Como empresario, según el párrafo 12, apartado 3, del Libro IV del Código de Seguridad Social, se considera quien adjudica el trabajo directamente al trabajador a domicilio. Esto tiene la consecuencia de que el

⁶³ Brose, *Soziale Sicherheit* 2019, 330, 332 ss.; Mecke, *SGb* 2016, 481, 484; Leist/Hießl/Schlachter, *Plattformökonomie – Eine Literaturswertung*, BMAS-Forschungsbericht 499, 2017, pág. 70.

⁶⁴ Brose, *Soziale Sicherheit* 2019, 330, 332.

empresario está obligado al pago de la cotización de seguridad social, con inclusión de la parte empresarial⁶⁵. No obstante, en relación con el *crowdwork*, la opinión dominante parte de que falta una adjudicación directa de los encargos⁶⁶.

A un caso especial se refiere la Ley de seguridad social de los artistas (KSVG), por la cual los artistas y los publicistas autónomos se aseguran en el seguro general de pensiones, en el seguro legal de enfermedad y en el seguro social de dependencia (parágrafo 1 de la Ley de seguridad social de los artistas). Los asegurados deben abonar las cotizaciones sólo en su mitad (parágrafos 15, 16 y 16a de la Ley de seguridad social de los artistas), y los demás ingresos derivan de las contribuciones de determinadas empresas (contribución de seguridad social de los artistas, parágrafos 23 y ss. de la Ley de seguridad social de los artistas), así como de una ayuda financiera de la Federación (parágrafo 34 de la Ley de seguridad social de los artistas). No obstante, esta posibilidad sólo entra en consideración respecto de pocos *crowdworkers*, por ejemplo, habría que pensar en las actividades de traducción⁶⁷, o en actividades de diseño (diseño web, diseño gráfico, diseño fotográfico, maquetación, etc.)⁶⁸. También resulta problemático, como consecuencia de ello, que en la práctica se produzca una subvención en los costes del contribuyente⁶⁹.

Para determinados autónomos, según el Derecho vigente, ya existe el deber de aseguramiento en el seguro de pensiones. Esto se refiere en especial a los autónomos en solitario, que trabajan por tiempo indefinido y esencialmente sólo para un cliente (parágrafo 2, inciso 1, núm. 9, del Libro VI del Código de Seguridad Social). Además, los autónomos también pueden asegurarse voluntariamente en pensiones (parágrafo 7, apartado 1, del Libro VI del Código de Seguridad Social). En todos estos casos, los

⁶⁵ Rittweger, en: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK Sozialrecht, 54ª ed., a fecha de 01.09.2019, § 12 SGB IV marg. 6.

⁶⁶ Brose, Soziale Sicherheit 2019, 330, 334; Rittweger, en: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK Sozialrecht, 54ª ed., a fecha de 01.09.2019, § 12 SGB IV marg. 12; Zieglmeier, en: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 102º suplemento, entrega diciembre 2018, § 12 SGB IV marg. 20.

⁶⁷ Leist/Hießl/Schlachter, Plattformökonomie – Eine Literaturlauswertung, BMAS-Forschungsbericht 499, 2017, pág. 72.

⁶⁸ Brose, Soziale Sicherheit 2019, 330, 335.

⁶⁹ Fock/Fuchsloch/Mecke/Merz, SGB 2018, 591, 599; escéptico, en relación con la ampliación del deber de aseguramiento social a los «pequeños autónomos», también Waltermann, SGB 2017, 425, 430.

autónomos deben aportar por sí mismos su cotización completa en cuantía actual del 18,6 por ciento de los ingresos⁷⁰. En vista de la carencia de recursos financieros, esto representa con frecuencia un problema. En el aseguramiento voluntario, la cotización mínima asciende de momento sólo a 83,70 euros al mes, lo que, tras 45 años de seguro con dicha cotización, conduciría a una pensión mensual de sólo 198,90 euros⁷¹. Además, los autónomos pueden asegurarse voluntariamente en el seguro legal de accidentes de trabajo (parágrafo 6, apartado 1, inciso 1, núm. 1, del Libro VII del Código de Seguridad Social) y, en caso de una previa relación de seguro obligatorio o de percibo de prestaciones, en el seguro de desempleo (parágrafo 28a, apartado 1, inciso 1, núm. 2, y apartado 2, del Libro III del Código de Seguridad Social).

El aseguramiento voluntario en el seguro legal de enfermedad sólo es posible para los autónomos, por principio, cuando ya antes hubieran estado en el seguro legal de enfermedad (sobre los detalles, cfr. parágrafo 9 del Libro V del Código de Seguridad Social). Desde 2009, no obstante, el parágrafo 193, apartado 3, de la Ley del contrato de seguro (VVG) regula la obligación, para todas las personas con domicilio en Alemania que no están aseguradas legalmente por enfermedad, de concertar un seguro privado de enfermedad⁷². La prima básica del seguro privado de enfermedad, de conformidad con el parágrafo 152, apartado 3, inciso 1, de la Ley de inspección del seguro (VAG), no puede ser superior a la de la cotización máxima en el seguro legal de enfermedad, lo que actualmente puede significar, en el caso extremo, hasta 703,32 euros al mes. También en el caso de los autónomos que estén voluntariamente en el seguro legal de enfermedad, existen importantes pérdidas cotizatorias⁷³.

En relación con el seguro social de dependencia, el deber de aseguramiento se regula de conformidad con el de su seguro de enfermedad (parágrafo 20, apartado 1, inciso 1, del Libro XI del Código de Seguridad Social). Para los asegurados privadamente por enfermedad, existe igualmente el deber de aseguramiento, y para las empresas privadas del seguro de enfermedad se deriva de ello la obligación de contratación, para

⁷⁰ Guttenberger, en: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 102º suplemento, entrega diciembre 2018, § 2 SGB VI marg. 40.

⁷¹ Fock/Fuchsloch/Mecke/Merz, SGB 2018, 591, 597.

⁷² Plagemann, en: Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 5ª ed., 2018, § 7 marg. 2.

⁷³ Fock/Fuchsloch/Mecke/Merz, SGB 2018, 591, 596; Mecke, SGB 2016, 481, 486.

garantizar el aseguramiento privado de la dependencia (parágrafos 23 y 110 del Libro XI del Código de Seguridad Social).

3. Propuestas político-jurídicas

En vista de la insuficiente protección del Derecho de Seguridad Social, existen numerosas exigencias de reformas legales. Especialmente respecto del seguro de pensiones, se exige a menudo la inclusión de los autónomos por vía de principio⁷⁴, aunque se limite parcialmente a los autónomos en solitario⁷⁵. En vista de las consecuencias sociales descritas de la falta de aseguramiento en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social de los *crowdworkers*, habría que dar la bienvenida a toda ampliación ilimitada.

Además, el instrumental del trabajo a domicilio debía ampliarse con un objetivo determinado⁷⁶. La ampliación del concepto de empresario, de manera que comprenda a los operadores de plataformas, sería aquí un punto de partida deseable. En este sentido, tendría que clarificarse que la activación de encargos por medio de una plataforma se considere como adjudicación de encargos⁷⁷, de manera que también se utilice en la responsabilidad del pago de las cotizaciones de seguridad social.

Por principio, los autónomos en solitario debían tener que aportar una cotización de seguridad social a pagar por su cuenta⁷⁸. Ésta podría ser pagada o bien directamente por el cliente o bien, según el modelo del impuesto sobre el volumen de ventas, por el contratista⁷⁹.

⁷⁴ Fock/Fuchsloch/Mecke/Merz, SGB 2018, 591, 600.

⁷⁵ Mecke, SGB 2016, 481, 484; Waltermann, SGB 2017, 425, 431. Así, también, la exigencia I.3. del 68º Deutschen Juristentags, Abteilung Arbeits- und Sozialrecht, ArbuR 2016, 457.

⁷⁶ Preis, RdA 2019, 75, 88.

⁷⁷ Leist/Hießl/Schlachter, Plattformökonomie – Eine Literaturlauswertung, BMAS-Forschungsbericht 499, 2017, pág. 50.

⁷⁸ Preis/Temming, Für ein modernes Rentenrecht: Die Einbeziehung von Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV), BMAS-Forschungsbericht 493, 2017, págs. 49 ss.; Deinert/Sutterer-Kipping, Solo-Selbstständige, en: Deinert/Maksimiek/Sutterer-Kipping, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, Frankfurt am Main 2020, págs. 384 ss.

⁷⁹ Waltermann, ArbuR 2018, 346, 352.

V. CONCLUSIÓN

La digitalización del mundo laboral ha conducido a nuevas formas de empleo. Para unos, hay que observar un incremento de formas de trabajo móvil; para otros, la economía de las plataformas ha conducido a nuevas actividades en el ámbito de la *Economy on demand* y del *crowdworking*.

La mayoría de las veces, estas nuevas formas de empleo no se realizan por trabajadores, según la interpretación tradicional, de manera que las reglas de protección del Derecho del Trabajo, por principio, no se les aplican. Con la codificación de la definición del concepto de trabajador en el párrafo 611a, apartado 1, del Código Civil, se compararon alternativamente los rasgos constitutivos de la «sujeción a instrucciones» y de la «ajenidad». Esto ofrece la posibilidad de considerar como actividad ajena en el marco de una relación laboral, la inserción en el sistema de control también sin una concreta dación de instrucciones (ante todo, en relación con el lugar y el tiempo de la actividad). No obstante, si hay que considerar al *crowdworker* y a otros empleados de plataformas como trabajadores, ésta es una cuestión que se remite a cada caso concreto.

Los autónomos que en lo esencial prestan servicios sólo para un cliente, y que están necesitados de protección de seguridad social, pueden ser personas asimiladas al trabajador. Pero para estos grupos de personas sólo existen unas pocas reglas de protección en el Derecho del Trabajo. Sería posible la celebración de convenios colectivos, pero ello exigiría una mayor afiliación de los empleados a los sindicatos. En otros casos, puede llegar a resultar de aplicación la Ley de trabajo a domicilio, o el Derecho común de contratos, con inclusión del Derecho de las condiciones generales de la contratación, aunque sólo ofrece al respecto una protección muy limitada de los afectados.

Desde el punto de vista del Derecho de la Seguridad Social, existen dificultades similares. Los empleados disfrutan del aseguramiento social a que se refiere el párrafo 7, apartado 1, del Libro IV del Código de Seguridad Social. La interpretación clásica de los rasgos constitutivos de la sujeción a instrucciones y de la inserción en una organización laboral ajena no comprende con frecuencia al *crowdworker* ni a otros empleados de

plataformas. También aquí sería útil un desarrollo del concepto de empleado, para una mejor inclusión de las nuevas formas de empleo.

En casos concretos, cabe usar los preceptos del trabajo a domicilio o de la seguridad social de los artistas, para lograr la inclusión de los autónomos en la seguridad social. Además, existe parcialmente la posibilidad de afiliación voluntaria en concretos ámbitos de la seguridad social. No obstante, en relación con ello, representan un problema los limitados recursos financieros de los autónomos, los cuales frecuentemente lo obstaculizan.

Desde una perspectiva político-jurídica, sería útil la inclusión básica de los autónomos en el seguro legal de pensiones. Además, debería ampliarse el concepto de empleador en el trabajo a domicilio, de manera que el operador de la plataforma esté obligado al pago de cotizaciones de seguridad social. Finalmente, los autónomos en solitario deberían tener que aportar una cotización de seguridad social a pagar por su cuenta.

En consecuencia, el mundo laboral digital requiere nuevas respuestas, para que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social alemán pueda garantizar una protección suficiente también para estos nuevos grupos de personas.

**DACAMENTADOS: ¿DESTINOS POSPUESTOS, APLAZADOS Y
DESTRUIDOS?***

[*DACAMENTED: DESTINIES DELAYED, DEFERRED, AND
DESTROYED*]

Kristina M. Campbell

Fecha de recepción: 3 de enero de 2020
Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2020

Sumario: I. LOS ANTERIORES INTENTOS DE DESTRUIR DACA LITIGANDO.- II. LA INTENTADA RESCISIÓN DE DACA POR LA ADMINISTRACIÓN TRUMP EN 2017.- III. LA SENTENCIA DE JUNIO 2020 DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS.- IV. ¿QUÉ ES LO SIGUIENTE?

Contents: I. PRIOR ATTEMPTS TO DESTROY DACA THROUGH LITIGATION.- II. THE ATTEMPTED RESCISSION OF DACA BY THE TRUMP ADMINISTRATION IN 2017.- III. THE JUNE 2020 UNITED STATES SUPREME COURT DECISION.- IV. WHAT NEXT?

Resumen: Este trabajo analiza el impacto de una decisiva sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de junio 2020 en la política federal norteamericana de inmigración, al rechazarse el intento de la Administración Trump de rescindir el denominado programa DACA. Se estudia el contexto político en el que se enmarca. Se exploran igualmente posibilidades de future, en los ámbitos jurídico y político.

Abstract: This work analyzes the impact of a decisive decision of the United States Supreme Court of June 2020 on the US federal immigration policy, by rejecting the Trump's Administration attempt to rescind the so-called DACA program. It is studied the

* Traducción al castellano, desde el inglés original, de Jesús Martínez Girón.
ACDCT, VOL. XII (2020), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 41-53

political context in which it is framed. Possibilities for the future are also explored, both in the legal and political fields.

Palabras clave: Administración Trump, Corte Suprema de los Estados Unidos, Estados Unidos, Programa DACA, Inmigración

Keywords: *Trump Administration, United States Supreme Court, United States, DACA program, Immigration*

* * *

Cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó su sentencia en el muy anticipado caso *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*, en 18 junio 2020¹, los aproximadamente 650.000 jóvenes a los que se había otorgado desde 2012 el aplazamiento de su expulsión respiraron con alivio². En un fallo 5-4, la Corte Suprema rechazó el intento de la Administración Trump de rescindir el programa DACA (Aplazamiento para Llegadas en la Niñez) de la etapa de Obama³. Como consecuencia, los beneficiarios de DACA quedan protegidos de su expulsión, y continúan siendo capaces de vivir y trabajar en los Estados Unidos con autorización⁴.

Desgraciadamente, sin embargo, la alegría con la sentencia de la Corte Suprema no duró mucho. Inmediatamente después de que se dictase la sentencia de la Corte, la Administración Trump publicó una declaración negándose a reconocer su fallo y rechazando nuevas solicitudes DACA⁵. Esta acción de la Administración Trump demuestra que el futuro de los beneficiarios de DACA —que a menudo se refieren a sí mismos como «Soñadores» o «DACAMENTADOS»⁶— es cualquier cosa, salvo cierto. Sin una hoja de ruta clara sobre lo que vendrá a continuación, y con la interpretación muy estricta de la Corte Suprema sobre lo que se negaba a permitir a la Administración Trump para rescindir un programa DACA

¹ Véase Legal Sidebar, «Supreme Court: DACA Recission Violated the APA» CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, 18 junio 2020, disponible en <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10497>.

² Véase Maria Sacchetti y Nick Miroff, «For “dreamers” elation and relief after Supreme Court decision extending DACA», THE WASHINGTON POST, 18 junio 2020, disponible en https://www.washingtonpost.com/immigration/for-dreamers-elation-and-relief-at-supreme-court-decision-extending-daca/2020/06/18/59a2041a-aea0-11ea-8f56-63f38c990077_story.html.

³ Véase Legal Sidebar, Congressional Research Service, *supra* nota 1.

⁴ *Id.*

⁵ Véase Molly O’Toole, «Despite Supreme Court ruling, Trump administration rejects new DACA applications», THE LOS ANGELES TIMES, disponible en <https://www.latimes.com/politics/story/2020-07-16/trump-refuses-new-daca-supreme-court>.

⁶ «DACAMENTADOS» es una palabra que ha sido ampliamente utilizada de modo coloquial para describir el estatus de inmigración de los beneficiarios de DACA». Véase, *p.ej.*, Kica Matos, Think Justice Blog, «DACAMENTED are Still Vulnerable – and the Fight Must Continue», VERA INSTITUTE OF JUSTICE, 25 junio 2020, disponible en <https://www.vera.org/blog/dacamented-are-still-vulnerable-and-the-fight-must-continue>.

vulnerable a ataques, el destino de más de medio millón de beneficiarios de «gracia administrativa»⁷ pende de un hilo.

I. LOS ANTERIORES INTENTOS DE DESTRUIR DACA LITIGANDO

El 15 junio 2012 el anterior Presidente Barack Obama creó el programa Aplazamiento para Llegadas en la Niñez (DACA), ordenando a la Ministra de Seguridad Interior, Janet Napolitano, que se negase a procesar a ciertas personas presentes en los Estados Unidos sin estatus de inmigración legal⁸. El Memorandum de la Ministra Napolitano relativo a la creación del programa DACA establecía:

Con este Memorandum, fijaré cómo, en ejercicio de nuestra discrecionalidad para procesar, el Ministerio de Seguridad Interior (DHS) debería exigir el cumplimiento de las leyes de inmigración nacionales frente a jóvenes que fueron traídos a este país cuando eran niños y sólo conocen este país como hogar. Con carácter general, estas personas carecían de la intención de incumplir la ley, y nuestra revisión en curso de casos pendientes de expulsión está ofreciendo ya el cierre administrativo de muchos de ellos⁹.

Como consecuencia de este memorandum político, estos jóvenes obtuvieron la seguridad de que no se enfrentarían a su expulsión de los Estados Unidos, a pesar de su presencia ilegal, así como un permiso de trabajo que podía renovarse cada dos años¹⁰. Sin embargo, el programa

⁷ Véase Capítulo 8 – Discretionary Analysis, POLICY MANUAL, U.S. Citizenship and Immigration Services, disponible en <https://www.uscis.gov/policy-manual/volume-1-part-e-chapter-8>.

⁸ Véase Memorandum de Janet Napolitano, titular del Ministerio de Seguridad Interior de los Estados Unidos, «Exercising Prosecutorial Discretion with Respect to Individuals Who Came to the United States as Children», 15 junio 2012, disponible en <https://www.dhs.gov/xlibrary/assets/s1-exercising-prosecutorial-discretion-individuals-who-came-to-us-as-children.pdf>.

⁹ *Id.*

¹⁰ Véase «DACA Frequently Asked Questions: July 2020 Memorandum», IMMIGRANT LEGAL RESOURCE CENTER AND NATIONAL IMMIGRATION LAW CENTER, 1 septiembre 2020, disponible en https://www.ilrc.org/sites/default/files/resources/nilc_ilrc_daca_faq_august_2020_0.pdf.

DACA otorgaba el estatus de inmigración no permanente a sus beneficiarios, y la «seguridad» de que no se enfrentarían a procedimientos de expulsión es, de hecho, una promesa de discrecionalidad favorable para procesarlos de inexigible cumplimiento. Dicha discrecionalidad es revocable en cualquier momento, por cualquier motivo o sin ningún motivo¹¹.

Que DACA sea adecuadamente considerado una concesión de aplazamiento comprendida en el poder ejecutivo del Presidente para realizar concesiones a través de su agencia ejecutiva delegada, es un argumento al que muchos críticos lamentan que se diese un corto recorrido en la ulterior litigiosidad ante las cortes federales, impugnando la legalidad del programa¹². El aplazamiento se ha reconocido reiteradamente como un acto de gracia administrativa sobre aquellos sin estatus de inmigración federal que pueden estar sujetos a deportación¹³. Un destacado académico del Derecho de la inmigración describe el aplazamiento como:

[simplemente] una forma de discrecionalidad para procesar en el Derecho de la inmigración. La discrecionalidad para procesar es esencial en todo contexto de exigencia del cumplimiento de la ley, y la inmigración no es una excepción ... [E]l poder legal ostentado por el DHS para llevar a cabo un programa de aplazamiento como [DACA] es extremadamente claro. La base legal para la discrecionalidad de procesar puede encontrarse en la Constitución de los Estados Unidos y en la autoridad que el Congreso ha delegado en el poder ejecutivo¹⁴.

¹¹ Véase Ilana Etkin Greenstein, «DACA, Dreamers, and the Limits of Prosecutorial Discretion: DHS v. Regents of the University of California», BOSTON BAR JOURNAL, disponible en <https://bostonbarjournal.com/2020/08/17/daca-dreamers-and-the-limits-of-prosecutorial-discretion-dhs-v-regents-of-the-university-of-california/> («DACA no es todavía nada más que un acto de gracia administrativa con beneficios no permanentes y sin potencial de remedio duradero. No es, hablando estrictamente, un estatus jurídico, y no otorga nada más que un limbo transitorio. Lo que queda es que el Congreso tiene el poder definitivo para decidir el futuro de los Soñadores —para dejarles languidecer en las sombras o para darles un camino de estatus legal duradero por medio de la legislación»).

¹² *Id.*

¹³ *Id.* («[E]l ejercicio por el presidente de su tradicional poder de aplazamiento se ha detenido en sus marcas»).

¹⁴ Véase Shoba Sivaprasad Wadhia, *Symposium: A Meditation on History, Law, and Loss*, SCOTUSBLOG (23 junio 2016), <http://www.scotusblog.com/2016/06/symposium-a-meditation-on-history-law-and-loss/>.

No obstante, a pesar de esta clara autoridad ejecutiva, veintiséis Estados presentaron demanda pretendiendo detener DACA, en febrero 2015¹⁵. Los Estados afirmaban que DACA y una novedosa acción administrativa propuesta, DAPA (Aplazamiento para Padres de Americanos y Residentes Permanentes Legales), eran un ejercicio inconstitucional del poder ejecutivo de Obama¹⁶. Los veintiséis Estados pretendían obtener un interdicto universal, impidiendo que los programas se ejecutasen a nivel nacional, mientras las cortes federales determinaban la constitucionalidad del ejercicio por Obama de sus poderes ejecutivos presidenciales¹⁷.

En 16 abril 2016, la Corte Suprema de los Estados Unidos escuchó la vista oral de *United States v. Texas*, la demanda impugnando la legalidad de DACA y DAPA¹⁸. Las cuestiones consideradas por la Corte fueron:

1) Si un Estado que otorga voluntariamente un subsidio a todos los extranjeros con aplazamiento, tiene el estatus del Artículo III y causa de accionar al amparo de la Ley de Procedimiento Administrativo (APA), para impugnar las directrices del Ministro de Seguridad Interior sobre establecimiento de un procedimiento para considerar el aplazamiento de determinados extranjeros, porque conducirá a más extranjeros titulares del aplazamiento;

2) Si las directrices son arbitrarias y caprichosas o, en todo caso, no conformes con la ley;

3) Si las directrices estaban sujetas a los procedimientos de aviso-y-puntualización de la APA; y

4) Si las directrices violan la Cláusula de Prestar Cuidados del Artículo II, sección 3, de la Constitución¹⁹.

¹⁵ Véase Elise Foley, *Over Half The States Are Suing Obama For Immigration Actions*, THE HUFFINGTON POST (27 enero 2015), https://www.huffingtonpost.com/2015/01/26/states-lawsuit-immigration_n_6550840.html.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Véase Nota de prensa, «Supreme Court Hears Oral Arguments in U.S. v. Texas, American Immigration Council» (18 abril 2016), <https://www.americanimmigrationcouncil.org/news/supreme-court-hears-oral-arguments-us-v-texas>.

¹⁹ *United States v. Texas*, 136 S.Ct. 2271 (2016).

A continuación, en 23 junio 2016, la Corte Suprema anunció que había llegado a un punto muerto en la decisión del caso, confirmando la Sentencia de la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito prohibiendo que se exigiese el cumplimiento tanto de DACA como de DAPA²⁰. Así, la negativa de la Corte Suprema a admitir los «poderes [que] tradicionalmente y estructuralmente han estado en las manos del poder ejecutivo federal»²¹, provocó la extinción efectiva del poder ejecutivo para otorgar aplazamientos²².

II. LA INTENTADA RESCISIÓN DE DACA POR LA ADMINISTRACIÓN TRUMP EN 2017

Dados los agresivos intentos antes las cortes federales de invalidar el programa DACA desde su comienzo, no hubiese resultado sorprendente que, en 5 septiembre 2017, Elaine Duke, Ministra en funciones del DHS, dictase un memorandum anunciando su decisión de rescindir DACA²³. El memorandum de Duke se apoyaba en una carta del entonces Fiscal General Jeff Sessions, concluyendo que DACA era ilegal. Específicamente, el Fiscal General Sessions declaraba que el Presidente Obama y la entonces Ministra Napolitano no tenían «poder legal adecuado» para crear el programa DACA²⁴. Además, el Fiscal General Sessions declaraba que DACA era «un

²⁰ Véase Cecillia Wang, *Symposium: A Non-Decision with Teeth*, SCOTUSBLOG (23 junio 2016), <http://www.scotusblog.com/2016/06/symposium-a-non-decision-with-teeth/>.

²¹ *Id.*

²² Véase Shoba Sivaprasad Wadhia, *Symposium: A Meditation on History, Law, and Loss*, SCOTUSBLOG (23 junio 2016), <http://www.scotusblog.com/2016/06/symposium-a-meditation-on-history-law-and-loss/> («El aplazamiento es una forma de discrecionalidad procedimental en el Derecho de inmigración. La discrecionalidad procedimental es esencial en todo contexto de exigencia de cumplimiento de la ley, y la inmigración no es una excepción ... A pesar del resultado de la decisión de hoy, la autoridad legal ostentada por el DHS para llevar a cabo un programa de aplazamiento, como DAPA o DACA Plus, es abundantamente clara. La base jurídica de la discrecionalidad procedimental puede encontrarse en la Constitución de los Estados Unidos y en la autoridad que el Congreso ha delegado en el poder ejecutivo»).

²³ Véase *supra* en 1.

²⁴ *Id.*

ejercicio inconstitucional de la autoridad del poder ejecutivo», y probablemente se prohibiría «en litigios potencialmente inminentes»²⁵.

Los beneficiarios de DACA supieron desde un primer momento que tendrían sólo hasta 5 marzo 2018, bien para solicitar la renovación de su estatus DACA, para regularizar su estatus de inmigración a través de otros medios, para prepararse a abandonar los Estados Unidos, o para regresar a las sombras de la vida indocumentada²⁶. La batalla sobre DACA accedió por vez primera a la Corte Suprema en noviembre 2018, cuando la Administración Trump pidió a los jueces que aceptasen tres diferentes impugnaciones, planteadas en California, el Distrito de Columbia y Nueva York, para decidir poner fin a DACA. Los contrarios —que incluían Estados, ciudades, universidades, beneficiarios de DACA, y grupos de derechos civiles— razonaban que la decisión de rescindir DACA violaba los derechos de los beneficiarios de DACA y la Ley de Procedimiento Administrativo²⁷.

En 9 enero 2018, el Juez de Distrito de los Estados Unidos William Alsup, de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Noreste de California, dictó un interdicto preliminar contra la Administración Trump, impidiendo que extinguiese DACA en los seis meses siguientes al anuncio de terminación del programa que se había proyectado²⁸. En este caso, titulado *Regents of the University of California v. U.S. Department of Homeland Security*²⁹, y otros, planteado por beneficiarios de DACA, Estados y universidades impugnando la rescisión de DACA como ilícita, el Gobierno perdió en muchos aspectos significativos.

Las cortes federales inferiores sostuvieron que la rescisión de DACA por la Administración Trump era probablemente ilícita al amparo

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.* («Los funcionarios dijeron que los beneficiarios de DACA cuyo estatus legal expira en o antes de 5 marzo podrían renovar su período de dos años de estatus legal, siempre y cuando lo solicitasen hasta el 5 octubre. Pero el anuncio significa que, si el Congreso renuncia a actuar, los inmigrantes traídos ilegalmente a los Estados Unidos como *niños* podrían encarar su deportación, desde el 6 marzo, a países que dejaron a tan tempranas edades, que no tienen recuerdos de ellos»).

²⁷ <https://www.scotusblog.com/2020/06/opinion-analysis-court-rejects-trump-administrations-effort-to-end-daca/>

²⁸ Véase *Regents of the University of California v. U.S. Department of Homeland Security*, 9 enero 2018 (N.D. Cal. 2018).

²⁹ *Id.*

del criterio «arbitrario y caprichoso» de la Ley de Procedimiento Administrativo (APA)³⁰. Estas opiniones sobre la probabilidad de legalidad de la rescisión de DACA indicaban que el DHS no había «explicado adecuadamente» las razones de su decisión de rescindir el programa DACA³¹. Como consecuencia de estas decisiones, se exigió al DHS que continuase aceptando solicitudes DACA y peticiones de permisos de trabajo de personas que habían recibido DACA en el pasado³². Sin embargo, a las personas que querían solicitar DACA por primera vez se les prohibía hacerlo³³. De este modo, DACA queaba parcialmente incólume, a pesar del intento de la Administración Trump, en septiembre 2017, de rescindirlo completamente³⁴.

III. LA SENTENCIA DE JUNIO 2020 DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Tras la litigiosidad inicial impugnando la legalidad del intento de la Administración Trump de rescindir DACA, la Corte Suprema de los Estados Unidos otorgó certiorari para revisar la Sentencia de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de junio 2019³⁵. Las tres cuestiones sobre las que la Corte otorgó certiorari lo fueron para considerar:

- (1) si la decisión de la DHS de rescindir DACA está sujeta a revisión judicial al amparo de la APA;
- (2) si la decisión violaba la APA; y
- (3) si la decisión violaba la garantía de protección igual de la Quinta Enmienda³⁶.

La vista oral tuvo lugar el 12 noviembre 2019³⁷. En 18 junio 2020, en una opinión mayoritaria redactada por el Juez-Presidente Roberts, a la

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

³⁷ Véase Ariane de Vogue y Priscilla Alvarez, «Supreme Court justices seems split on DACA ruling», CNN, 12 noviembre 2019, disponible en <https://www.cnn.com/2019/11/12/politics/daca-supreme-court-arguments/index.html>.

que se adhirieron los Jueces Ginsburg, Breyer, Kagan y Sotomayor, la Corte sostuvo que la rescisión de DACA está sometida a revisión al amparo de la APA, y que violaba la APA³⁸. La opinión mayoritaria puso el énfasis en que la DHS tiene indiscutible autoridad para rescindir DACA, y que el caso trataba «claramente sobre el procedimiento que la agencia siguió al actuar así»³⁹.

La Corte Suprema, dado que no se cuestionaba que la DHS, en cuanto que agencia encargada de exigir el cumplimiento de las leyes de inmigración, puede rescindir DACA, sostuvo que la única cuestión en el caso era si el *modo* en que la DHS rescindió DACA violaba la APA u otras leyes⁴⁰. El gobierno argumentó que la rescisión de DACA constituye un «ejercicio puro de discreción al exigir el cumplimiento», y que cae así en el ámbito de aplicación de la disposición impidiendo la revisión de las actuaciones de la agencia sobre APA, que se «confían a la discrecionalidad de la agencia por la ley»⁴¹. Sin embargo, la Corte rechazó este argumento, razonando que DACA es más que una mera política de no exigencia del cumplimiento⁴². La Corte sostuvo que el memorandum de DACA creaba un sistema por el cual las llegadas de niños daban derecho a solicitar a la DHS «remedio inmigratorio positivo», que incluía el aplazamiento, el permiso de trabajo y otros beneficios⁴³. De este modo, al rescindir DACA, el DHS operó más que un simple cambio de opinión sobre cómo exigir el cumplimiento de las disposiciones de expulsión de la INA contra un segmento de población indocumentada⁴⁴.

Dado que la rescisión de DACA abolió un sistema para otorgar y asignar beneficios inmigratorios, la Corte sostuvo que el intento de rescindirlo se sometía a revisión al amparo de la APA⁴⁵. La Corte razonó que la legalidad de la rescisión de DACA al amparo de la APA giraba sobre si el DHS había dado suficiente razonamiento de apoyo⁴⁶. La APA prevé que las actuaciones de la agencia resultan ilícitas si son «arbitrarias y

³⁸ Véase *Department of Homeland Security et. al. v. Regents of the University of California et. al.*, [Slip Op. No. 18-587](#) 591 U.S. ___ (2020).

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*

caprichosas» —una norma que exige a las agencias federales dar explicaciones satisfactorias sobre sus decisiones, incluidas las decisiones de cambiar las políticas existentes⁴⁷. Las agencias entran en conflicto con esta norma si «se niegan a considerar ... aspectos importantes» de los problemas que se les plantean⁴⁸.

La Corte concluyó que las justificaciones para la rescisión eran inadmisibles, dado que la Ministra Nielsen del DHS expandió el razonamiento original de la Ministra en funciones Duke para rescindir DACA, en vez de adoptar por sí misma nuevas actuaciones⁴⁹. La Corte concluyó que no podía considerar las conclusiones de la Ministra Nielsen acerca de que dos factores no considerados en el memorandum de Duke —incertidumbre legal y política de exigencia del cumplimiento— justificaban adecuadamente la rescisión⁵⁰. En vez de ello, la Corte valoró la adecuación de la única justificación que la Ministra en funciones Duke ofrecía para la rescisión, en septiembre 2017: que DACA era ilícito⁵¹.

Al amparo de la APA, las cortes no deberían sustituir su propia opinión por la de la agencia. En vez de ello, su trabajo es determinar si una agencia elaboró su decisión «basándola en la consideración de factores relevantes y si ha habido un claro error de valoración»⁵². Desde el punto de vista de la mayoría, la Administración Trump había fallado al cumplir esta norma. Escribiendo por la mayoría, el Juez-Presidente John Roberts sostuvo que el memorandum de Duke concluía que DACA era ilegal y debería rescindirse porque convirtió a los beneficiarios de DACA en titulares del derecho a beneficios, tales como los de Seguridad Social, Medicare y capacidad de trabajar legalmente en los Estados Unidos⁵³.

Roberts explicó que el problema con este razonamiento era que el memorandum no consideraba la política que Roberts caracterizaba como la que estaba «en el corazón de DACA»: la protección frente a la deportación

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

⁵² Véase Amy Howe, «Opinion Analysis: Court rejects Trump administration's effort to end DACA (Updated)», SCOTUSBLOG, 18 junio 2020, disponible en <https://www.scotusblog.com/2020/06/opinion-analysis-court-rejects-trump-administrations-effort-to-end-daca/>

⁵³ Véase *Regents*, *supra* nota 38.

que suministra el programa⁵⁴. Incluso si los beneficios otorgados por DACA fuesen ilegales, según Roberts observó, Duke podía aún haber retenido la protección frente a la deportación. En vez de ello, concluyó simplemente — sin explicación— que debería extinguirse⁵⁵. Más aún, Duke no valoró si los beneficiarios de DACA habían contado con la existencia del programa al ordenar sus vidas⁵⁶. Si lo hubiese hecho, «podría haber considerado más fechas para ubicar la extinción», respecto de beneficiarios de DACA que se encontraban en el medio —por ejemplo, programas académicos, servicio militar o tratamiento médico⁵⁷.

En conclusión, Roberts reiteró que la Corte no estaba decidiendo «si DACA o su rescisión eran políticas correctas»⁵⁸. En vez de ello, subrayó que la Corte valoraba «solamente si la agencia cumplía la exigencia procedimental que prevé una explicación razonada sobre su actuación»⁵⁹ — lo que, desde el punto de vista de la mayoría, no cumplía. Así, la Corte remitió el asunto al DHS para su reconsideración y, si quería rescindir de nuevo el programa, para que ofreciese una explicación mejor⁶⁰.

IV. ¿QUÉ ES LO SIGUIENTE?

El verdadero efecto de la sentencia de la Corte Suprema se aclarará sólo con el tiempo. De momento, sin embargo, la sentencia de la Corte Suprema significa que la iniciativa DACA permanece intacta por ahora⁶¹. Dado que la Corte anuló la rescisión de DACA por el DHS, parece que la sentencia restaura totalmente el programa en la forma en que existía antes de la rescisión⁶². Sin embargo, en la fecha de este escrito, la Administración

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Véase Greenstein, *supra* nota 11 («No hay ... garantía de que el programa permanecerá a largo plazo. El ejecutivo tiene pleno poder para poner fin al programa DACA; todo lo que la Corte Suprema exigió era que se apartase de hacerlo de un modo arbitrario y caprichoso, y que articule una explicación razonada en su decisión. Si hay personas a quienes nunca se concedió DACA, pero que presumiblemente tienen derecho ahora a solicitarlo, no queda claro»).

⁶² *Id.*

Trump se niega a aceptar nuevas solicitudes para la protección DACA por parte de no-ciudadanos titulares del derecho⁶³. Y, como se afirmó antes, el DHS aún podría extinguir DACA cumpliendo con las exigencias de la APA.

Dado que la Corte Suprema no decidió si DACA es en sí mismo ilegal, también es posible que la venidera Administración Biden pudiese restaurar DACA si la actual Administración la rescinde. Además, el Congreso tiene el poder definitivo para decidir legislativamente el futuro de DACA, y podría extinguir el programa dejándolo sin financiación o por medio de legislación sustantiva⁶⁴. El Congreso también podría eliminar la financiación del DHS para llevar a cabo una actuación rescisoria de DACA, o promulgar una ley que previese que el DHS tiene poder para llevar a cabo programas de actuación aplazada programática, que otorguen beneficios colaterales.

Alternativamente, el Congreso podría otorgar a los beneficiarios de DACA y a otras personas comparables beneficios legales⁶⁵. Tales beneficios podrían incluir, entre otras posibilidades, protección frente a la deportación, derecho a beneficios específicos y un camino para el estatus legal de residente permanente⁶⁶. Sin embargo, con la muerte de la Juez de la Corte Suprema Ruth Bader Ginsburg, en septiembre 2020, y el juramento de la Juez de ideología derechista Amy Coney Barrett, en octubre 2020⁶⁷, el futuro de DACA ante la Corte Suprema, si la cuestión volviese a plantearse otra vez, queda lejos de la certeza. De momento, sin embargo, los beneficiarios de DACA —aquellas personas que se han bautizado a sí mismas como «DACAMENTADAS»— aguardan, temen, y tienen la esperanza de un futuro en el que sus vidas y sus medios de sustento no vuelvan a utilizarse como peones en un juego cruel de ajedrez político.

⁶³ Véase O'Toole, *supra* nota 5.

⁶⁴ Véase, *p.ej.*, Tatiana Sanchez, «DACA will live on under Biden. But will he give “Dreamers” a path to citizenship?», THE SAN FRANCISCO CHRONICLE, 15 noviembre 2020, disponible en <https://www.sfchronicle.com/nation/article/DACA-will-live-on-under-Biden-Will-he-give-15728024.php>.

⁶⁵ Véase Greenstein, *supra* nota 11. («Lo que queda es que el Congreso tiene el poder definitivo para decidir el futuro de los Soñadores —para dejarlos languidecer en las sombras o para darles un camino al estatus legal duradero por medio de la legislación»).

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Véase Maegan Vazquez, «White House holds swearing-in ceremony for Amy Coney Barrett», CNN, 26 octubre 2020, disponible en <https://www.cnn.com/2020/10/26/politics/white-house-amy-coney-barrett-swearing-in/index.html>.

**LA RESPUESTA DEL DERECHO DEL TRABAJO DE BRASIL A LA
CRISIS PROVOCADA POR LA PANDEMIA DERIVADA DEL
COVID-19***

*[THE RESPONSE OF THE BRAZILIAN LABOR LAW TO THE CRISIS
CAUSED BY THE PANDEMIC DERIVED FROM COVID-19]*

Luis Felipe do Nascimento Moraes y Juliana Coelho

Fecha de recepción: 7 de octubre de 2020

Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2020

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. ACTOS NORMATIVOS QUE PRECEDEN A LAS MEDIDAS PROVISIONALES.- III. MEDIDA PROVISIONAL NÚM. 927/20.- IV. MEDIDA PROVISIONAL NÚM. 936/20.- V. CONSIDERACIONES FINALES.- REFERENCIAS.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. REGULATORY ACTS PRECEDING THE PROVISIONAL MEASURES.- III. PROVISIONAL MEASURE No. 927/20.- IV. PROVISIONAL MEASURE No. 936/20.- V. FINAL CONSIDERATIONS.- REFERENCES.

Resumen: Se abordan aquí las medidas jurídico-laborales adoptadas en Brasil para combatir la crisis provocada por la pandemia del COVID-19. De un lado, las encaminadas fundamentalmente a preservar el empleo. De otro lado, las orientadas de manera complementaria a facilitar la suspensión de contratos de trabajo, así como la reducción de la jornada y del salario.

Abstract: The legal-labour measures adopted in Brazil to fight against the crisis caused by the COVID-19 pandemic are discussed here. On the one hand, those channelled fundamentally at preserving employment. On the other hand, those aimed in a complementary way at making easy the suspension of the contract of employment, as well as the reduction of hours and wages.

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

Palabras clave: Brasil, COVID-19, Derecho comparado del Trabajo, Medidas provisionales, Suspensión del contrato de trabajo

Keywords: Brazil, COVID-19, Comparative labor law, Provisional measures, Suspension of the contract of employment

* * *

I. INTRODUCCIÓN

La crisis mundial causada por la pandemia del covid-19 condujo a un colapso sanitario sin precedentes, provocando cambios en todos los aspectos, tanto en el contexto personal como colectivo, lo que requirió una respuesta de los gobiernos para reducir el impacto social de la propagación del virus. En ese mismo sentido, las autoridades públicas brasileñas ejecutaron diversas medidas de cuño sanitario, laboral y económico, justamente con el objetivo de contener la propagación del virus y sus consecuencias. Las medidas iniciales poseían carácter restrictivo, ordenando la suspensión del funcionamiento de diversas actividades, como comerciales, industriales y otros servicios, lo que impactó de forma significativa en el mercado de trabajo y en la economía.

Así, el objeto del presente estudio busca exponer dos de los principales instrumentos normativos dictados por el Gobierno brasileño, como respuesta a la preservación del empleo y de los ingresos, a fin de regular la relación entre empresas y empleados, que son:

- **Medida Provisional núm. 927/20:** dispone las medidas laborales que podían adoptar los empresarios para preservar el empleo y los ingresos, flexibilizando varias instituciones ya reguladas por la legislación ordinaria, la cual, a pesar de ser adoptada por un período determinado, acabó perdiendo su eficacia.
- **Medida Provisional núm. 936/20:** instituyó el Programa de Emergencia de Mantenimiento del Empleo y de los Ingresos, y determino medidas complementarias para enfrentar el estado de calamidad pública resultante del coronavirus, así como los cambios provocados por la conversión de la medida en la Ley núm. 14.020/20.

Es importante destacar que el presente estudio busca tan solo presentar un panorama general de las cuestiones reguladas por las referidas medidas provisionales, y comentar de forma puntual los dispositivos con repercusiones en el ámbito jurídico, destacando que se tomaron otras medidas en forma de leyes, decretos y ordenanzas, pero incluso debido a las

limitaciones del presente estudio, no es posible un estudio exhaustivo de todas las medidas.

Antes, sin embargo, vale la pena destacar los actos normativos que preceden a las Medidas Provisionales que serán abordadas a continuación.

II. ACTOS NORMATIVOS QUE PRECEDEN A LAS MEDIDAS PROVISIONALES

Las informaciones iniciales acerca de la pandemia COVID-19 surgieron en el año 2019, y en febrero de 2020, el primer caso sospechoso de infección COVID-19 se confirmó¹ en la ciudad de Sao Paulo / SP.

Uno de los primeros actos del Gobierno fue la publicación de la Ley núm. 13.979, el 6 de febrero de 2020, que estableció medidas para hacer frente a la emergencia de salud pública de importancia internacional derivada del COVID-19, con la determinación, entre otros puntos, de las cuestiones referentes al aislamiento y cuarentena.

Sin embargo, sólo el 20 de marzo de 2020, en consonancia con la Ley 13.979/2020, quedaron definidos los servicios públicos y las actividades esenciales, a través del Decreto núm.10.282/20.

El mismo día fue reconocido, para los fines del art. 65 de la Ley Complementaria núm. 101, de 4 de mayo de 2000, con ocasión del estado de calamidad pública, con efectos hasta 31 de diciembre de 2020, por intermediación del Decreto nº 6, de 2020.

Entonces, tras el Decreto del estado de calamidad pública, se dictaron numerosas medidas por el Gobierno, con dispositivos totalmente restrictivos, tanto en aspectos individuales como colectivos, considerando la orden de aislamiento y cuarentena, lo que entonces dio inicio a los actos jurídicos relacionados en el ámbito laboral.

¹ Cronología del coronavirus Brasil. Disponible en <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil> (acceso el 23.09.2020).
ACDCT, VOL. XII (2020), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 55-71 58

Se destaca que todas las medidas adoptadas por el Gobierno presentan como marco temporal, el período reconocido por el Decreto núm. 6, de 2020 de calamidad pública.

III. MEDIDA PROVISIONAL NÚM. 927/20

La Medida Provisional núm. 927, publicada el día 22 de marzo de 2020, estableció, entre otras medidas, la flexibilización de instituciones ya reguladas por la Consolidación de las Leyes del Trabajo, para hacer frente al estado de calamidad pública, teniendo como foco principal la preservación del empleo y de los ingresos.

Importante destacar, en un primer momento, que la MP núm. 927/20 tenía validez de 60 días, resultando que incluso fue prorrogada por 60 días más, el 8 de mayo de 2020, a través de la Medida del Congreso Nacional núm. 32, de 2020. A pesar de la prórroga, la referida MP no fue convertida en Ley, conforme dispone el art. 62, § 3º de la Constitución², por lo que **perdió su eficacia** el día 19 de julio de 2020, por una decisión política del Gobierno Federal.

Aun así, durante los primeros meses que se hizo frente a la pandemia del COVID-19 en Brasil, la MP núm. 927/20, además de ser el primer acto en brindar alternativas al empleador para hacer frente al aislamiento y a la orden de cuarentena, fue uno de los principales instrumentos normativos dictados por el Gobierno, con consecuencias en el ámbito jurídico laboral.

El párrafo único del art. 1 de la MP determino que durante el estado de calamidad pública se diese una hipótesis de fuerza mayor³, en los términos de lo dispuesto en art. 501 de la Consolidación de las Leyes del

² De acuerdo con el art. 62, § 3, «las medidas provisionales, salvo lo dispuesto en los §§ 11 y 12, perderán eficacia a partir de la fecha de su emisión, si no se convierten en el plazo de sesenta días, prorrogables, de conformidad con el § 7º, una vez por el mismo período, debiendo el Congreso Nacional regular, mediante decreto legislativo, las relaciones jurídicas que de él se deriven».

³ Excelente estudio sobre «Covid-19: Força Maior e Fato do Príncipe», escrito por *Georgenor de Sousa Franco Filho / Ney Maranhão* - *Direito do Trabalho na crise da COVID-19 / coordenadores Alexandre Agra Belmonte, Luciano Martinez, Ney Maranhão* – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, pp. 459 à 470

Trabajo⁴, lo que generó discusiones en el ámbito jurídico, permaneciendo en la inseguridad en cuanto a la aplicación, y luego consolidándose la jurisprudencia tradicional y la doctrina sobre el tema, en la cual la Administración Pública está exenta de cualquier pago de esta relación jurídica patrimonial entre privados (empleado y empleador).

El art. 2 de la MP dispone sobre la autonomía del empleador, una vez que autorizaba la celebración del acuerdo individual, inclusive con la prevalencia sobre los demás instrumentos normativos, respetados los límites establecidos en la Constitución Federal, en analogía a lo ya regulado en los arts. 611-A y 611-B de la Consolidación de las Leyes del Trabajo.

El art. 3 de la MP preveía medidas que autorizaban al empleador a cambiar o flexibilizar los contratos de trabajo, para hacer frente a los efectos económicos derivados del estado de calamidad pública, que son:

a) **Teletrabajo:** en relación con el **teletrabajo**⁵ el empleador, a su criterio, se encontró autorizado a cambiar el régimen de trabajo presencial a teletrabajo, siendo trabajo remoto u otro tipo de trabajo a distancia, independientemente de acuerdos individuales o colectivos, e incluso, a prescindir de la modificación del contrato de trabajo, pudiendo aplicar dicha medida a los becarios y aprendices.

Así, para que el empleador adoptase el régimen de teletrabajo, únicamente debería notificar al empleado, con antelación de al menos cuarenta y ocho horas, por escrito o por medio electrónico, teniendo en cuenta que el empleador tendría que firmar un contrato escrito, dentro de los 30 días, sobre la responsabilidad de la adquisición, mantenimiento o provisión de equipos e infraestructura para llevar a cabo la prestación del servicio.

b) **Adelanto de vacaciones individuales:** también quedó permitido al empleador el **adelanto de las vacaciones individuales**⁶, teniendo en cuenta que el empleador debería informar al empleado sobre la adopción de

⁴ En los términos del art. 501 de la Consolidación de las Leyes de Trabajo, «se entiende por fuerza mayor cualquier acontecimiento inevitable, en relación con la voluntad del empleador, y para la realización del que no contribuyó, directa o indirectamente».

⁵ Véanse arts. 4 y 5 de la Medida Provisional núm. 927/20.

⁶ Véanse arts. 6, 8, 9 y 10 de la Medida Provisional núm. 927/20.

la medida, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, por escrito o por medios electrónicos, especificando el período a ser disfrutado.

El adelanto de las vacaciones no podrá ser disfrutado en un período inferior a cinco días consecutivos. Los trabajadores pertenecientes al grupo de riesgo (COVID-19) serán priorizados en cuanto al disfrute, con la suspensión de las vacaciones y los permisos no remunerados de los profesionales de la salud.

En cuanto al tercio adicional por vacaciones concedidas, el empleador podrá optar por el pago, hasta la fecha en que se otorgue la gratificación extraordinaria de navidad, prevista en el art. 1 de la Ley núm. 4.749, de 12 de agosto de 1965.

c) *Concesión de vacaciones colectivas*: en relación con la **concesión de vacaciones colectivas**⁷, el empleador quedó autorizado, a su criterio, a conceder vacaciones colectivas, con el requisito de notificar a los empleados, con antelación mínima de cuarenta y ocho horas, quedando dispensado de la comunicación previa al órgano local del Ministerio de Economía, y comunicación a los sindicatos representativos de categoría profesional.

d) *Aprovechamiento y adelanto de festivos*: el **aprovechamiento y adelanto de festivos**⁸ permitía al empleador adelantar el disfrute de festivos no religiosos, federales, provinciales, de distrito y municipales, con el requisito de notificar al empleado beneficiado con una antelación de hasta cuarenta y ocho horas, de forma expresa, teniendo en cuenta que los festivos podrían ser compensados del saldo del banco de horas. Los festivos religiosos dependían del pacto en acuerdo individual escrito por parte del empleado.

e) *Banco de Horas*: el régimen **banco de horas**⁹ autorizaba la interrupción de las actividades por el empleador y la constitución del régimen especial de compensación de jornadas, por medio del banco de horas, pudiendo ser establecido por medio de acuerdo colectivo o individual formal, teniendo en cuenta que la compensación podría ocurrir en el plazo

⁷ Véanse arts. 11 y 12 de la Medida Provisional núm. 927/20.

⁸ Véase art. 13 de la Medida Provisional núm. 927/20.

⁹ Véase art. 14 de la Medida Provisional núm. 927/20.

de hasta dieciocho meses, después de la finalización del estado de calamidad pública.

Sobre la forma de compensación, se determinó que la recuperación del período interrumpido podría ser realizada mediante la prórroga de la jornada de hasta dos horas, no pudiendo exceder de diez horas diarias, el saldo de horas a compensar podría ser determinado por el empleador independientemente del convenio colectivo o acuerdo individual o colectivo.

f) *Suspensión de exigencias administrativas en seguridad y salud en el trabajo:* también se previó la **suspensión de exigencias administrativas en seguridad y salud en el trabajo**¹⁰, lo que flexibilizó la obligatoriedad de realización de los exámenes médicos laborales, clínicos y complementarios, con excepción del examen de dimisión, autorizando al empleador a cumplir tales obligaciones en el plazo de sesenta días, contados desde la fecha de finalización del estado de calamidad pública.

En ese mismo sentido, también quedó en suspenso la obligatoriedad de actividades formativas periódicas y eventuales de los actuales empleados, con la regla de observar las normas reguladoras de seguridad y salud en el trabajo, pudiendo realizarse de forma excepcional, en la modalidad de enseñanza a distancia, incluso en el período de calamidad pública, o de conformidad con el formato original, en el plazo de hasta noventa días, también contados a partir de la fecha de finalización del estado de calamidad pública.

g) *Orientación del trabajador para su cualificación:* el régimen de **orientación del trabajador para su cualificación**¹¹ preveía la suspensión del contrato de trabajo por el plazo de hasta cuatro meses, sin la obligatoriedad de pago de salario, aunque el referido régimen ni siquiera se hizo efectivo, dado que repercutió de forma polémica, hasta el punto de que al día siguiente la disposición quedó revocada por la publicación de una nueva MP núm. 928/2020.

h) *Aplazamiento del pago del Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio – FGTS:* también quedó en suspenso la **exigibilidad del pago del**

¹⁰ Véanse arts. 15 16 y 17 de la Medida Provisional núm. 927/20.

¹¹ Véase art. 18 de la Medida Provisional núm. 927/20.

FGTS¹² por los empleadores, en relación con los meses de marzo, abril y mayo de 2020, pudiendo el pago de las obligaciones suspendidas, ocurrir de forma fraccionada (en hasta seis fracciones mensuales), sin la incidencia de actualización, de la multa y de impuestos.

Además de estas medidas, los artículos 26 y 27 de la MP flexibilizaron la jornada de trabajo en los establecimientos de salud, mediante acuerdo individual escrito, así como para las actividades insalubres y para jornadas de doce horas de trabajo.

El art. 28 de la MP suspendió durante ciento ochenta días los plazos procesales administrativos para la presentación de defensa y recurso en el ámbito de procesos administrativos originados a partir de actas de infracciones laborales y actas de deuda del FGTS.

El art. 29 preveía que los casos de contaminación por el COVID-19 no serían considerados laborales, excepto mediante comprobación del nexo causal, aunque el referido artículo generó grandes repercusiones, hasta el punto de que fue modificado por decisión del Supremo Tribunal Federal.

El art. 30 establecía la prórroga, de forma unilateral del empleador, en relación con acuerdos colectivos y convenios colectivos de trabajo, por el plazo de noventa días.

El art. 31 autorizaba a los Auditores Fiscales de Trabajo del Ministerio de Economía a actuar sólo de manera orientativa, durante el plazo de 180 días, con las excepciones, aunque también generó controversias y fue igualmente suspendido por decisión del Supremo Tribunal Federal.

En suma, la Medida Provisional núm. 927, a pesar de las controversias legales, fue utilizada por los empresarios. Actualmente, la referida MP, a pesar de haber perdido efectos, aún genera polémicas en el ámbito jurídico, considerando las cuestiones de tracto sucesivo que no fueron reguladas después de la pérdida de vigencia, lo que podrá acarrear demandas laborales en el futuro. Después de la Medida Provisional núm. 927, el Gobierno instituyó el Programa de Emergencia para el Mantenimiento del Empleo y los Ingresos, mediante la publicación de la Medida Provisional núm. 936, de la que se trata a continuación.

¹² Véanse arts. 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la Medida Provisional núm. 927/20.

IV. MEDIDA PROVISIONAL NÚM. 936/20

La Medida Provisional núm. 936, publicada el día 1 de abril de 2020, que instituyó el Programa de Emergencia para el Mantenimiento del Empleo y de los Ingresos, dispuso medidas laborales complementarias para hacer frente al estado de calamidad pública reconocido por el Decreto Legislativo núm. 6, de 20 de marzo de 2020.

De inmediato, es preciso destacar que la Medida Provisional núm. 936/20, a diferencia de la Medida Provisional núm. 927/20, que perdió su eficacia, fue convertida en la Ley núm. 14.020, el 6 de julio de 2020, aunque el texto original de la MP sufrió alteraciones. Así, con el objetivo de mostrar las referidas alteraciones, se aborda primero el texto original de la citada MP.

El Programa de Emergencia para el Mantenimiento del Empleo y de los Ingresos tenía como objetivo *«preservar el empleo y los ingresos; asegurar la continuidad de las actividades laborales y empresariales; y reducir el impacto social derivado de las consecuencias del estado de calamidad pública y de emergencia de salud pública»*, según el art. 2 de la MP núm. 936.

Para alcanzar los objetivos arriba mencionados, el Programa de Emergencia instituyó tres medidas:

- Pago de la Prestación de Emergencia de Preservación del Empleo y de los Ingresos;
- Reducción proporcional de la jornada de trabajo y los salarios;
- Suspensión temporal del contrato de trabajo.

La MP núm. 936 restringió el campo de aplicación del Programa de Emergencia, quedando vetado en el ámbito de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, de los órganos de la Administración

pública directa e indirecta, empresas públicas y sociedades de capital mixto, incluidas sus filiales, y los organismos internacionales¹³.

La coordinación, ejecución, y adopción de medidas complementarias en relación con el programa de emergencia, estaba bajo la competencia del Ministerio de Economía¹⁴, que el día 22 de abril de 2020 dictó las normas sobre la tramitación y pago de la Prestación de Emergencia, mediante la Ordenanza núm. 10.486/20, la cual generó numerosas controversias en la ejecución del programa, considerando los 21 días transcurridos entre la publicación de la MP n° 936/20 y la de la Ordenanza dictada por el Ministerio de Economía.

La **Prestación de Emergencia de Preservación de Empleo e Ingresos** corresponde al pago costado por la Unión Federal, en las hipótesis de aplicación de la reducción proporcional de jornada de trabajo y de salario, excepto para los empleados con una reducción inferior al 25% (permitido solamente en acuerdo colectivo de trabajo) y suspensión del contrato de trabajo¹⁵.

El importe de la Prestación de Emergencia de Preservación del Empleo e Ingresos, sobre la base de cálculo del importe mensual del seguro de desempleo al que el empleado tendría derecho¹⁶, en la proporción de la medida adoptada, se puede conceder de forma acumulativa en el caso de más de un vínculo formal¹⁷.

El art. 7 de la MP dispone que los empleados formales, que reciban hasta tres salarios mínimos (R\$ 3.135,01), podrían ver sus **jornadas y salarios reducidos** en un 25%, 50% o 70%, por hasta noventa días (con la preservación del salario-hora), mediante acuerdo individual o colectivo. En ese caso, el Gobierno pagaría al trabajador la proporción del importe del seguro de desempleo equivalente al porcentaje de la reducción.

En relación con los empleados con ingresos mensuales superiores a R\$ 3.135,01 e inferiores a R\$ 12.202,00, la jornada y salarios podrían ser

¹³ Véase art. 2, párrafo único, de la Medida Provisional núm. 936/20.

¹⁴ Véase art. 4 de la Medida Provisional núm. 936/20.

¹⁵ Véase art. 5 de la Medida Provisional núm. 936/20.

¹⁶ Véase art. 6 de la Medida Provisional núm. 936/20.

¹⁷ Véase art. 6, § 3°, de la Medida Provisional núm. 936/20.

reducidos sólo en la proporción del 25% mediante acuerdo individual. Para una reducción del 50% o 70%, sería necesario acuerdo colectivo.

En relación con los empleados que ganan más de R\$ 12.202,00 al mes, y posean título de enseñanza superior, también pueden tener acceso a la prestación, bastando un acuerdo individual.

La MP también estableció que, en caso de acuerdo colectivo, podría ser ajustado cualquier porcentaje de reducción de salario y jornada, habiendo impactos en cuanto al pago de la prestación concedida por el Gobierno¹⁸.

La reducción proporcional de jornada de trabajo y de salario generó reacciones, considerando la irreductibilidad salarial establecida en el art. 7.VI, de la Constitución Federal, por lo que generó incertidumbre sobre si la disposición de la medida no atentaría contra la norma constitucional.

En lo que se refiere a la **suspensión del contrato de trabajo**, el art. 8 de la MP estableció la posibilidad de suspensión temporal del contrato de trabajo, por el plazo máximo de 60 días, que podría ser fraccionado en dos períodos de 30 días.

Para los trabajadores que tuviesen sus contratos suspendidos con base en la MP, el Gobierno pagaría la parte íntegra del seguro de desempleo (que va de R\$1.045,00 a R\$ 1.813,03).

Durante el período de suspensión del contrato de trabajo, quedó vedada cualquier actividad relacionada con el trabajo, so pena de responsabilizarse al empleador del pago de la remuneración por el período suspendido¹⁹. Durante el período de suspensión, los beneficios voluntarios, como el vale de alimentación y el plan de salud, deberían ser mantenidos.

Las empresas con facturación superior a R\$ 4,8 millones en el año 2019, solamente podrán suspender el contrato de trabajo de sus empleados mediante el pago de una ayuda compensatoria mensual en un importe del 30% de la cuantía del salario²⁰. Este importe no tiene carácter de salario, y sí de complemento, sin la incidencia de impuestos sobre el trabajo.

¹⁸ Véase art. 11, § 2º, de la Medida Provisional núm. 936/20.

¹⁹ Véase art. 8, § 4º, de la Medida Provisional núm. 936/20.

²⁰ Véase art. 8, § 5º, de la Medida Provisional núm. 936/20.

El tiempo máximo, establecido por el texto original de la MP, era de noventa días²¹, aunque las medidas fuesen aplicadas de forma sucesiva, obviamente, considerando los límites de la disposición sobre suspensión del contrato de trabajo.

La MP también reguló la garantía provisional²² de empleo como resultado de la aplicación de la reducción de la jornada de trabajo y del salario, o de la suspensión temporal del contrato de trabajo, durante toda la vigencia de las medidas aplicadas y por igual periodo equivalente al acordado.

Pese a la garantía establecida, la MP también reguló las indemnizaciones²³ debidas por el empleador, en caso de renuncia durante el período de garantía provisional.

Las cuestiones planteadas por la MP generaron un intenso debate social, y en este sentido el Supremo Tribunal Federal terminó reconociendo la constitucionalidad²⁴ de la MP 936/20, al apreciar, el 17.04.20, la solicitud de medida cautelar formulada en la acción directa de inconstitucionalidad (ADI) No. 6.363, que anula la decisión del magistrado Ricardo Lewandowski, sobre la necesidad del consentimiento de los sindicatos en relación con los acuerdos individuales.

Como se destacó inicialmente, la MP fue ampliada y posteriormente convertida en Ley núm. 14.020/20, y con ocasión de dicha conversión se produjeron algunas modificaciones respecto de algunas disposiciones.

²¹ Véase art. 16 de la Medida Provisional núm. 936/20.

²² Véase art. 10 de la Medida Provisional núm. 936/20.

²³ Véase art. 10, § 1º, de la Medida Provisional núm. 936/20.

²⁴ El magistrado Alexandre de Moraes consideró que «la regla no hiere principios constitucionales, pues no hay conflicto entre empleados y empleadores, sino una convergencia sobre la necesidad de mantener la actividad empresarial y el empleo», teniendo en cuenta que «ante la excepcionalidad y limitación temporal, la regla está en consonancia con la protección constitucional a la dignidad del trabajo y al mantenimiento del empleo» (disponible en <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651&ori=1>, acceso el 23.09.2020).

Las modificaciones operadas por la Ley núm. 14.020/20 aparecen en su mayoría en el artículo 12 de dicha Ley. Uno de los cambios fue la reducción del límite del contrato individual por empresas con ingresos brutos, en 2019, por encima de R \$ 4,8 millones. En estos casos, la reducción de jornada y salario en porcentajes del 50% y 70%, o la suspensión del contrato de trabajo, solo podrán ser pactadas individualmente por empleados hipersuficientes, o por empleados con un salario de hasta R \$ 2,090 (equivalente a dos salarios mínimos).

El § 2º del artículo 12 de la Ley núm. 14.020/20 estableció una condición para el acuerdo individual con el empleado jubilado, teniendo en cuenta que el empleador tiene una obligación respecto al coste de la Prestación de Emergencia, ya que el jubilado es vetado, debido a que ya percibe una prestación del Gobierno.

El § 5º del artículo 12 de la Ley núm. 14.020/20 precisó la aplicabilidad de los instrumentos colectivos posteriores, en relación con los acuerdos individuales anteriores, así como la prioridad de las condiciones estipuladas en la negociación colectiva, en la medida en que entren en conflicto con las estipuladas en el acuerdo individual.

La Ley núm. 14.020/20 también reguló los temas relacionados con las empleadas embarazadas y adoptantes, visto que la MP fue muy cuestionada, y autorizó expresamente la participación en el Programa de Emergencia de Empleo y Mantenimiento de Ingresos, previendo además la paga por maternidad y garantía provisional.

El art. 17 de la Ley núm. 14.020/20 prohíbe el despido sin justa causa de una persona con discapacidad, y esa prohibición se refiere a todo el período de calamidad pública reconocido por el Decreto Legislativo núm. 6/2020.

La Ley núm. 14.020/20 también estableció que el empleado y el empleador, de común acuerdo, pueden optar por revertir el preaviso en curso, y también pueden adoptar medidas para reducir la jornada y los salarios y suspender temporalmente el contrato de trabajo, en caso de aplicación de la disposición.

Algunas disposiciones cambiadas/creadas por la conversión de la MP en ley fueron vetadas, y los referidos vetos serán analizados por el Congreso Nacional.

En este contexto, se entiende que la MP 936 fue más efectiva que la MP 927, teniendo en cuenta que la conversión en Ley permitió la continuidad de la aplicación de las instituciones creadas, y también reglamentó las cuestiones controvertidas.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La pandemia del COVID-19 provocó numerosos cambios en el escenario jurídico, y principalmente en las relaciones laborales, que como quedó demostrado necesitaron de medidas extraordinarias.

Así, en consonancia con lo analizado, las autoridades públicas, en un primer momento, reaccionaron con el fin de flexibilizar las instituciones existentes y otorgar autonomía a los empleadores para modificar unilateralmente los términos del contrato de trabajo de sus empleados, según lo observado por la Medida Provisional núm. 927/20.

Posteriormente, se dictó la Medida Provisional núm. 936/30, que estableció un nuevo programa que reglamentó la posibilidad de reducir la jornada de trabajo y el salario, así como la suspensión del contrato de trabajo.

Como se explica en el desarrollo del estudio, ambas Medidas Provisionales tenían como objetivo preservar el empleo y los ingresos, garantizar la continuidad de las actividades laborales y empresariales, y reducir el impacto social derivado de las consecuencias del estado de calamidad pública y de emergencia de salud pública.

Sin embargo, a pesar de las medidas aquí mostradas y las muchas otras dictadas desde el inicio de la pandemia, en el contexto actual, es posible observar que no fueron efectivas en cuanto a sus propósitos.

En este sentido, es importante mencionar que el país ya enfrentaba una importante recesión económica, incluso antes del inicio de la pandemia

del COVID-19, de manera que cuando se identificaron los primeros casos, y se ordenó el aislamiento y cuarentena, la economía —y consecuentemente el mercado de trabajo— comenzó a padecer un verdadero retroceso.

Sobre esto, el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE)²⁵, en la primera semana de agosto de 2020, indicó que la pandemia:

- fue responsable del cierre de 4 de cada 10 empresas con actividades finalizadas;
- el 38,6% de las empresas en funcionamiento informan que la pandemia tuvo un efecto negativo sobre la empresa, siendo las pequeñas empresas las más afectadas;
- afectó al 65,5% de 1,2 millones de empresas de servicios, especialmente las que se prestan a las familias (86,7%);
- afectó al 64,1% de 1,1 millones de empresas de comercio general;
- afectó al 4,1% de 1,1 millones de empresas de comercio en general, con mayor percepción de efectos negativos en el segmento de vehículos, repuestos y motocicletas (74,9%);
- afectó al 48,7% de las 306 mil empresas; y, en la construcción, al 53,6% de las 153 mil empresas del sector;
- La tasa de paro alcanzó el 14,3%, lo que representa alrededor de 1,1 millones más de personas que buscan trabajo en el país, totalizando 13,7 millones de parados;

Si el efecto negativo en la economía, el empleo y los ingresos no fue suficiente, las medidas tampoco fueron suficientes para contener la propagación del virus. En este sentido, la Fundación Oswaldo Cruz (Fiocruz)²⁶ presenta, en agosto de 2020, la cifra de 4.597.438 de casos acumulados de personas infectadas por COVID-19. Peor aún, según la Fiocruz, se registraron 138.210 muertes en el país, causadas por el virus COVID-19 (hasta el 24/09/20).

Finalmente, el negacionismo de las autoridades públicas sobre la gravedad del COVID-19, hasta la actualidad, ha provocado y está

²⁵<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28403-seis-em-cada-dez-empresas-perceberam-efeito-negativo-da-covid-19-nos-negocios> e <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/>

²⁶ Disponible en <https://bigdata-covid19.icict.fiocruz.br/> (acceso el 23.09.2020).

provocando un agravamiento del desempleo, la recesión económica y el sistema de salud de los brasileños.

REFERENCIAS

1. Cronología del coronavirus Brasil (disponible en <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>, acceso el 23.09.2020).
2. Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).
3. Decreto-ley núm. 5.452, de 1 de mayo de 1943 (disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm).
4. Medida Provisional núm. 927, de 22 de marzo de 2020 (disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm).
5. Medida Provisional núm. 936, de 1 de abril de 2020 (disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm).
6. Ley núm. 14.020, de 6 de julio de 2020 (disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm).
7. Direito do Trabalho na crise da COVID-19 / coordenadores Alexandre Agra Belmonte, Luciano Martinez, Ney Maranhão - Salvador: Editora JusPodivm, 2020;
8. Decisión del Ministro Alexandre de Moraes, sobre la constitucionalidad de la Medida Provisional de nº 936/20 y sus disposiciones (disponibles en <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651&ori=1>, acceso el 23.09.2020);
9. Datos sobre el contagio de COVID-19 en Brasil, por la Fundación Oswaldo Cruz (disponible en <https://bigdata-covid19.icict.fiocruz.br/>, acceso el 23.09.2020).
10. Datos del IBGE (<https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/>, acceso el 23.09.2020).
11. Datos del IBGE (<https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/>, acceso el 23.09.2020).

EL TRABAJO EN PLATAFORMAS EN AUSTRIA. UN BOSQUEJO DE PROBLEMAS JURÍDICO-LABORALES*

[PLATFORM WORK IN AUSTRIA. AN OUTLINE OF LABOR LEGAL PROBLEMS]

Günther Löschnigg y Nora Melzer-Azodanloo

Fecha de recepción: 11 de enero de 2020

Fecha de aceptación: 22 de febrero de 2020

Sumario: I. DIAGNÓSTICO EMPÍRICO.- II. EL CAMINO HACIA LA CALIFICACIÓN COMO TRABAJADOR.- III. EL EMPRESARIO DESAPARECIDO.- IV. LA JURISPRUDENCIA.- V. ¿CONVENIOS COLECTIVOS?.- VI. FACTOR MÁS IMPORTANTE: RESARCIMIENTO DE LOS GASTOS.- VII. REGULACIONES (NORMATIVAS) INTERNAS DE LA EMPRESA.- VIII. ¿ALTERNATIVAS?

Contents: I. EMPIRICAL DIAGNOSIS.- II. THE ROAD TOWARDS QUALIFICATION AS A WORKER.- III. THE MISSING EMPLOYER.- IV. THE CASE-LAW.- V. COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS?.- VI. MOST IMPORTANT FACTOR: COMPENSATION FOR EXPENSES.- VII. INTERNAL (REGULATORY) PROVISIONS OF THE COMPANY.- VIII. ALTERNATIVES?

Resumen: En Austria, debe calificarse al denominado «*crowdworker*», en principio, como persona asimilada al trabajador. Se pone de relieve que todavía no existe una abundante masa crítica de pronunciamientos judiciales significativos sobre el tema del trabajo en plataformas. También se pone de relieve la existencia de un primer convenio colectivo para repartidores en bicicleta, que organizan su trabajo a través de plataformas.

Abstract: In Austria, the so-called «crowdworker» must be classified, in principle, as a person assimilated to the worker. It

* Traducción al castellano, desde el alemán original, de Alberto Arufe Varela.

is highlighted that there is not yet an abundant critical mass of significant judicial pronouncements on the issue of platform work. The existence of a first collective bargaining agreement for bicycle dealers, who organize their work through platforms, is also highlighted.

Palabras clave: Austria, Derecho comparado del Trabajo, Empleador, Trabajador, Trabajo en plataformas

Keywords: Austria, Comparative labor law, Employer, Employee, Platform work

* * *

I. DIAGNÓSTICO EMPÍRICO

Los datos empíricos para tratar el trabajo en plataformas en Austria sólo están disponibles con limitaciones. Hay que mencionar, ante todo, un estudio de *Huws y Joyce*¹, y un estudio de *Eurobarometer*². Ambos son de 2016. Un cierto complemento lo constituye el proyecto de investigación de *Eurofound* de 2018, en especial con su análisis del contexto nacional (Austria)³. Estudios posteriores tratan entrevistas con expertos científicos, con gestores de decisiones, así como con trabajadores de plataformas.

Según el estudio de *Huws y Joyce*, el 36 por ciento de los encuestados ha intentado conseguir un trabajo en plataformas. El 18 por ciento estuvo al menos una vez al año en contacto con el *crowdwork*, y el 5 por ciento trabaja incluso una vez a la semana en una plataforma.

En el caso del 11 por ciento de los encuestados, los ingresos derivados del *crowdwork* ascendían a más de la mitad de sus ingresos totales. No obstante, se indicaba que sólo en el 2 por ciento se trataba de la totalidad de los ingresos derivados del *crowdwork*.

El tipo de actividades es muy diferenciado. En todo caso, una actividad típica es conducir bicicletas o taxis; según el estudio, son el 16 por ciento. La parte del *crowdworking* a domicilio (33 por ciento) prevalece sobre el *crowdworking* fuera de casa (20 por ciento).

Cerca del 43 por ciento de *crowdworkers* son mujeres y el 57 por ciento hombres. En consecuencia, las mujeres se dedican algo menos al trabajo en plataformas.

¹ *Huws/Joyce*, Österreichs Crowdsworkszene – Wie geht es Menschen, die über On-line-Plattformen arbeiten? (2016), AK Wien, https://www.arbeiterkammer.at/infopool/wien/Oesterreichs_Crowdworkszene_2016.pdf.

² Citado por Eurofound, 7 s FN 3. <https://www.eurofound.europa.eu/de/publications/report/2018/employment-and-working-conditions-of-selected-types-of-platform-work>.

³ *De Groen/Kilhoffer/Lenaerts/Felten*, Digitales Zeitalter – Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen ausgewählter Typen von Plattformarbeit (2017), [file:///C:/Users/gabri/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/Arbeitspapier%20\(nicht%20barrierefrei\)%20\(DE\)%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/gabri/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/Arbeitspapier%20(nicht%20barrierefrei)%20(DE)%20(1).pdf).

También es interesante la estructura de edades, en caso del trabajo en plataformas. La frecuencia del trabajo en plataformas oscila —hasta la edad de 54 años— sólo un 3 por ciento. Sólo en los grupos de edad posteriores (54 a 65 años) desciende la proporción claramente. No carecería de falta de interés conocer si, y en qué medida, los pensionistas hacen uso de esta forma de trabajo.

II. EL CAMINO HACIA LA CALIFICACIÓN COMO TRABAJADOR

Cómo se organiza la relación jurídica entre la plataforma — respecto de los centros de trabajo de la plataforma— y los que trabajan para la plataforma, depende de las partes contractuales (por ejemplo, de su naturaleza jurídica) y de las condiciones marco de realización de la prestación. Si existe, según los criterios clásicos nacionales (relación duradera, dependencia personal, etc.) una relación laboral, entonces resulta de aplicación el Derecho del Trabajo y surten efecto los mecanismos de protección esenciales del trabajo no autónomo.

Si se parte de los criterios delimitadores típicos del trabajo autónomo, no se considera adecuada, sin embargo, la pérdida de la mayoría de los mecanismos protectores del Derecho del Trabajo. Ocurre entonces que los trabajadores de las plataformas no pueden ser comparados con los clásicos empresarios/as, sobre la base de sus reducidos ingresos, del fuerte estrés o del control por parte de la plataforma, etc.

Las reacciones político-sociales se muestran en diversas direcciones:

- Ampliación/modificación del concepto general de trabajador en el Derecho del Trabajo;
- Lograr una categoría propia de los empleados en las plataformas con legislación (jurídico-laboral) separada;
- Inclusión general de los empleados de las plataformas en el Derecho del Trabajo en virtud de un mandato legal, aunque no sean trabajadores;
- Presunción legal de laboralidad, con la posibilidad de que el empresario pruebe lo contrario.

Según el Derecho actualmente vigente, en Austria sólo cabe aplicar una construcción jurídica (laboral) a los trabajadores de las plataformas, esto es, la de la «persona asimilada al trabajador». En este caso, se trata de personas que ciertamente no tienen una relación laboral, pero están incluidas en el ámbito de protección del Derecho del Trabajo, por causa de la llamada dependencia económica, por lo que son comparables a los trabajadores. A estas personas se les aplica al menos una parte del Derecho del Trabajo, por ejemplo, las reglas legales sobre responsabilidad de los trabajadores. Esta figura jurídica comprende también, al menos parcialmente, a las personas empleadas en las plataformas.

III. EL EMPRESARIO DESAPARECIDO

Con carácter general, se establece en el mundo del trabajo una cierta nueva tendencia, esto es, la «parcelación de la función empresarial» en varias personas —o también dentro de un grupo de empresas. Esta disgregación de la relación contractual normalmente bipolar y la reducción de las obligaciones resultantes de ello para un empresario [o quizá varios], conduce finalmente a que ya no se asignen a ninguna persona las obligaciones correspondientes. El empresario está desaparecido. Cuando hablamos de una tendencia, esto significa que no es ninguna casualidad, sino que se trata de estructuras organizadas, planificadas y condicionadas económicamente —al menos, desde el punto de vista de eludir las condiciones marco jurídico-laborales, de donde su «*organised irresponsability*» (irresponsabilidad organizada, controlada y contractualmente garantizada).

Esta tendencia se refuerza en el caso de las plataformas por el intento de anonimato. La preparación del contrato y la ejecución del contrato se producen de un modo tal, que se crea la apariencia de que se da un entrelazamiento nebuloso e indeterminado de personas.

En el Derecho clásico del Trabajo, no obstante, debemos realizar la búsqueda de un empresario. El Tribunal Supremo austríaco lo logra con un sistema flexible. Qué funciones empresariales típicas se asumen por quién. En consecuencia, una construcción contractual compleja, marcada por las

circunstancias fácticas, se reconduce a una relación jurídica bilateral y a una relación laboral con dos partes.

Las soluciones se encuentran, en caso de relaciones laborales con varias personas —a nivel europeo—, en conexión con la cesión de trabajadores. Tanto la Directiva (2008/104/CE) como la Ley austríaca parten, no obstante, de un ámbito de aplicación muy restringido: la Directiva se aplica a los trabajadores que hayan celebrado un contrato de trabajo con una empresa cedente de trabajo o que hayan estipulado una relación de empleo y están a disposición de la empresa cesionaria, para trabajar temporalmente bajo su vigilancia y dirección.

La Ley austríaca relativa a la cesión de trabajadores prevé para estos grupos de personas una abundancia de mecanismos de protección. Van desde el salario obligatorio apropiado —al menos, el salario que habría que pagar en la empresa que los emplea—, pasando por la responsabilidad solidaria del cedente y el empleador en asuntos de prevención de riesgos laborales, hasta la aplicación de la responsabilidad limitada del trabajador, también en la relación entre el trabajador y el empleador.

En todo caso, aquí se encuentra un modelo que sería transferible al empleo en plataformas. Pero se requiere de una ley especial, eventualmente iniciada por la correspondiente Directiva de la UE.

IV. LA JURISPRUDENCIA

Sobre la problemática de las nuevas formas de empleo, se encuentra en Austria sorprendentemente poco en la jurisprudencia. Especialmente en relación con las cuestiones ya mencionadas del carácter empresarial en caso de trabajo en plataformas, no puede recurrirse a decisiones (claras) de los tribunales superiores. Serían también transferibles sólo con mucha prudencia —con base en las circunstancias de hecho— a otras constelaciones de casos.

En conexión con Airbnb, el Tribunal Supremo ha considerado al arrendador (según la Ley de propiedad de la vivienda) como parte contractual. En qué medida la situación del alquiler de corta duración de una

vivienda es transferible a la relación laboral, resulta cuestionable. Al final, todo depende del papel de la plataforma.

También en el caso de la plataforma eBay, el Tribunal Supremo austríaco expresó la opinión de que habría que partir de una relación contractual directa entre los proveedores y los licitadores. Resultó decisivo que los proveedores siempre pudiesen decidir autónomamente qué y a qué precio querían vender. La plataforma sólo asumía el papel de intermediario.

Como esencial para una relación contractual directa en caso de trabajo en plataformas, se considera que el intermediario (plataforma) se comporte en todo momento como representante del cliente (empresa), y que también actúe en el exterior en su nombre y por su cuenta. Pero la plataforma no sólo puede tener la apariencia de apoderado del cliente. Muchas veces actúa como un subempresario. En cambio, si la plataforma sólo pone a disposición la estructura, entonces se mantiene la relación contractual entre el *crowdworker* y el cliente. Resulta decisivo cómo se comunica esto por la plataforma —en especial, como se organizan las condiciones generales de la contratación. También se aplica aquí el principio general de que es relevante en qué debía confiar el destinatario de una declaración de voluntad.

Un segundo ámbito problemático, que hay que discutir en el caso del trabajo en las plataformas, es la cuestión del grado de totalización de los concretos trabajos. Y es que también hay que comprobar, en caso de trabajos regulares para un cliente, si puede asignársele a la plataforma un contrato marco, que alcance una cierta vinculación. Lo que se desprenda de un contrato marco, a través de la frecuencia de las prestaciones —de corta duración—, podría dar lugar a una relación jurídica continuada, y en especial, a una relación laboral. En Austria, el Tribunal Supremo falló, en conexión con la empresa de comercio Peek & Cloppenburg, una decisión importante.

Peek & Cloppenburg tenía un gran número de personas —también podría hablarse de «*crowd*»—, que en caso de necesidad y por medio de una llamada telefónica del empresario han trabajado sobre una base diaria. Por cada concreto día de trabajo, se celebraron siempre concretos contratos de trabajo. Dado que el trabajador no mantenía entre semanas ningún encargo laboral, esto es, ninguna relación laboral, demandó para que se declarase que debería corresponderle una relación laboral continuada. El Tribunal

Supremo otorgó el derecho al trabajador. Si el contrato marco ya contiene condiciones precisas sobre el trabajo y el salario, respecto de contrataciones laborales concretas y futuras, sin que se establezcan tiempos de trabajo mínimos, se corresponde con una relación laboral continuada. Pero si tanto el trabajador como el empresario pueden rechazar sin causa contrataciones laborales, entonces la estructuración del contrato es contraria a las buenas costumbres. El trabajador —en cuanto que interlocutor contractual más débil— se encontraría en una situación negocial duradera. El objeto ilícito del contrato conduce a la nulidad de la cláusula contractual, pero al mismo tiempo al derecho a un empleo promediado.

No obstante, para transferir este resultado al trabajador de las plataformas, se requiere en general que el contrato de trabajo pueda ser asumido.

V. ¿CONVENIOS COLECTIVOS?

En el Derecho del Trabajo, el convenio colectivo constituye un mecanismo de garantía esencial. Y de hecho se celebró en Austria un convenio colectivo para repartidores en bicicleta, cuyo trabajo se organiza por diversas plataformas. Este convenio colectivo entra en vigor el 1 enero 2020 —esto es, en dos semanas—: ¡El primer convenio colectivo para plataformas en Austria!

El inconveniente de esta regulación es que el convenio colectivo sólo puede aplicarse a relaciones laborales; los prestadores libres de servicios o las llamadas empresas-de-una-persona no están incluidos. El principal problema, si no se han celebrado relaciones laborales, no se resuelve a través del mismo.

Como modelo de buena práctica se calificó en Austria el convenio colectivo danés para la plataforma online «Hilfr». Por medio de este convenio colectivo, los empleados a domicilio de Hilfr, que con anterioridad eran trabajadores autónomos, se convierten en trabajadores: A partir de 1 agosto 2018, ciertamente todavía todos los empleados de la plataforma comenzaron a trabajar como autónomos, pero tras 100 horas de trabajo se les transforma automáticamente en una relación laboral. Esta idea básica es lógica de todas formas, desde un punto de vista político-social. Pero desde

el punto de vista jurídico-laboral, esto no es en la actualidad fácilmente realizable en Austria. La razón es que el Derecho austríaco de convenios colectivos requiere que exista una relación laboral. Aun cuando las partes del convenio colectivo (por consiguiente, la cámara económica y la federación sindical) quisieran incluir no trabajadores, como, por ejemplo, personas profesionalmente autónomas, no pueden hacerlo.

La decisión básica correspondiente del Tribunal Supremo se ha dictado en conexión con las personas que —sobre todo tras períodos de desempleo muy dilatados— debían ser incorporadas de nuevo al proceso laboral (a la así llamada mano de obra de tránsito). La mano de obra que con el propósito de su reintegración al mercado de trabajo resulta empleada, también posee las características típicas de una relación laboral. Pero en estos casos un motivo importante para el empleo es la obtención de otro puesto de trabajo. La relación laboral no sirve sólo como fuente de ingresos, sino que es simultáneamente «terapia». Sin embargo, si falta un interés económico propio del empresario, entonces no existe ninguna relación laboral.

Por consiguiente, si en el marco de un empleo en o a través de una plataforma predominan los criterios identificadores de la actividad autónoma, entonces el convenio colectivo no es competente. El convenio colectivo tampoco puede convertir en no autónomo un trabajo autónomo. Si partimos de nuevo del convenio colectivo danés, entonces se puede aceptar que el trabajo y las condiciones de trabajo eran similares antes y después de las 100 horas. Por consiguiente, el convenio colectivo puede modificar el estatus de la relación jurídica sólo con base en la duración de la relación jurídica.

Si desde el comienzo prevalecen las características de una actividad autónoma, la aplicación del convenio colectivo no sería conforme a la Ley —también tras las 100 horas. Pero esta forma de incumplimiento legal no estaría vinculada a la total irrelevancia del convenio colectivo. Se interpretaría el convenio colectivo como una forma de modelo contractual, que a través de la voluntad del empresario y del trabajador constituiría el contenido de la relación contractual.

Por consiguiente, si se quiere incluir a los trabajadores «autónomos» de plataformas en el convenio colectivo, entonces deberían modificarse los fundamentos legales.

En la actualidad, sistemáticamente sería mejor en Austria la construcción que no ampliase como consecuencia de ello el ámbito de aplicación de los convenios colectivos, sino que como consecuencia de ello se crease una nueva fuente jurídica —similar al convenio colectivo, pero para autónomos «pequeños». Dichas fuentes jurídicas especiales ya existen para trabajadores a domicilio, pero también para periodistas o colaboradores de la radio y la televisión.

VI. FACTOR MÁS IMPORTANTE: RESARCIMIENTO DE LOS GASTOS

El citado convenio colectivo para repartidores en bicicleta prevé un salario mínimo de 8,71 euros por hora de trabajo. Esto supone aproximadamente 1.500 euros al mes, en caso de jornada a tiempo completo.

Un elemento esencial de los ingresos de este grupo de trabajadores es, sin embargo, también el reembolso de costes por la utilización de la bicicleta del trabajador. Al respecto, el convenio colectivo prevé un pago de 0,14 euros por kilómetro. En caso de un empleo a jornada completa, el trabajador conduce aproximadamente 1.200 kilómetros al mes. De esto se deriva un reembolso de costes de (sólo) 168 euros.

Si un trabajador/funcionario del empleo público realizase un viaje en bicicleta, ¡le correspondería un pago de 0,38 euros por kilómetro! En el caso de 1.200 kilómetros, esto son 456 euros. Esta cantidad también estaría (todavía) libre de impuestos.

Esto muestra no sólo una flagrante diferenciación entre el empleo público y el Derecho del Trabajo privado. Incluso si se añade que el Estado austríaco no explota ninguna plataforma con repartidores en bicicleta. Sin embargo, esto también muestra que en este ámbito el reembolso de gastos representa un elemento esencial y flexible de los ingresos, y del compromiso salarial colectivamente acordado.

Parecidas consideraciones también pueden efectuarse, si se pone a disposición del trabajador un teléfono móvil privado, Al respecto, por

ejemplo, se prevén en el convenio colectivo 20 euros al mes para los repartidores en bicicleta.

VII. REGULACIONES (NORMATIVAS) INTERNAS DE LA EMPRESA

Los empleados en plataformas plantean desde el comienzo el problema de que se exprese su interés colectivo. Esto se aplica tanto al plano supraempresarial como al plano interno de la empresa. Los encuentros personales de empleados de plataformas son la excepción. Además, la comunicación en Internet, foros on-line, redes sociales frecuentemente la dificulta el que los datos de contacto de los compañeros de trabajo no estén disponibles. Por consiguiente, al aislamiento individual le sigue el aislamiento en el seno de los contactos empresariales informales. De este modo, se entorpece desde el comienzo la solidaridad vivida en la empresa.

En Austria, la creación de comités de empresa es un pilar esencial y garantía de la solidaridad en la plantilla, y del cumplimiento del Derecho del Trabajo. La elección de comités de empresa también requiere un cierto grado de solidaridad y de confianza dentro de la comunidad. En este sentido, la falta de encuentros entre los empleados conduce desde el comienzo a una cierta desventaja organizativa.

Desde un punto de vista jurídico formal, existe sobre todo el problema de que las normas austríacas sobre el comité de empresa (sobre la «organización de la empresa» austríaca) requieren para su aplicación que exista una relación laboral. En este contexto, el concepto de trabajador es ciertamente más amplio que en el del Derecho del contrato de trabajo (en las reglas que se refieren al contrato de trabajo), pero la actividad como autónomo —también como «pequeño» autónomo— no está incluida.

Por consiguiente, el comité de empresa no es competente respecto de estos empleados; la pérdida de la protección frente al despido, de la protección frente a traslados, etc., es la consecuencia.

Ante todo, los acuerdos entre el comité de empresa y el empresario pueden no desplegar eficacia jurídica directa. Los acuerdos entre el comité de empresa y el empresario sólo podrían celebrarse jurídico-civilmente

como un modelo de contrato. Con el consentimiento del empleado, se convertirían en el contenido del contrato individual entre la empresa y la plataforma en la que trabajan —de modo parecido al convenio colectivo ya citado.

Que una cierta inseguridad jurídica y un cierto margen de fluctuación en la cuestión de la calificación como trabajador también pueda considerarse positiva, lo muestra el ejemplo de Foodora en Austria. Foodora es una plataforma que organiza la entrega de comida por bicicleta. Comenzó su actividad como plataforma en otoño de 2015, y la mayor parte de repartidores en bicicleta fueron empleados en el marco de contratos de trabajo. Se sentían fuertemente vinculados a la empresa, y tenían mejoras como el acceso a lugares de aparcamiento de bicicletas en la empresa. Pero tras un tiempo, ocurrieron cambios importantes: los empleados con contrato de trabajo por tiempo indefinido fueron despedidos. Sólo se podía permanecer parcialmente en la empresa cuando se acordase una modificación del tipo de contrato —orientado a la actividad autónoma. La comunicación era ciertamente frágil, pero simultáneamente los trabajadores empezaron a organizarse colectivamente. Se creó el comité de empresa, y el empresario se mostró cooperativo: excepcionalmente, ningún cuento de hadas, sino entendimiento para sacar provecho del diálogo social.

VIII. ¿ALTERNATIVAS?

Complementando la celebración de convenios colectivos o como solución sustitutiva hasta la celebración de convenios colectivos, los sindicatos piensan incluir a los clientes/usuarios de plataformas en la consecución de standards laborales. Análogamente, los consumidores deben ser informados de una utilización justa del comercio que respete las condiciones de trabajo de los trabajadores. Directrices de buenas prácticas autoimpuestas cumplen esta misma función —aunque sin obligatoriedad, como en el caso de la organización jurídica colectiva.

En todo caso, resulta decisiva la coercibilidad de las condiciones de trabajo. Si falta en la construcción de reglas vinculantes, se transmite también a los órganos de mediación y de arbitraje sobre *crowdwork*.

**LA SORPRENDENTE RECLASIFICACIÓN EN CALIFORNIA
COMO TRABAJADORES AUTÓNOMOS DE LOS
TRANSPORTISTAS AL SERVICIO DE PLATAFORMAS
DIGITALES. LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22
DE 2020***

[*THE SURPRISING RECLASSIFICATION IN CALIFORNIA OF APP-
BASED DRIVERS AS INDEPENDENT CONTRACTORS. THE
PROPOSITION No. 22 OF 2020*]

Jesús Martínez Girón

Fecha de recepción: 13 noviembre 2020

Fecha de aceptación: 11 diciembre 2020

Sumario: I. LA PREPARACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020.- II. LA VOTACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020.- III. LA APROBACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020.- BIBLIOGRAFÍA CITADA.

*Contents: I. THE PREPARATION OF PROPOSITION No. 22
OF 2020.- II. THE VOTING OF PROPOSITION No. 22 OF
2020.- III. THE PASSING OF PROPOSITION No. 22 OF 2020.-
CITED BIBLIOGRAPHY.*

Resumen: Este trabajo analiza la reacción del pueblo del Estado de California contra la ley de 2019 que consideró a los repartidores basados en aplicaciones como trabajadores asalariados. Esta reacción está encarnada en la Propuesta núm. 22 de 2020, que fue aprobada en una votación por más de nueve millones de californianos. La Propuesta entrará en vigor el 1 enero 2021.

*Abstract: This work analyzes the reaction of California State
people against the statute of 2019 which classified app-based*

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

drivers as salaried employees. This reaction is embodied in Proposition No. 22 of 2020, which was approved in a voting by more than nine million Californians. This Proposition will enter in force in 1 January 2021.

Palabras clave: California, Iniciativa legislativa popular, Repartidores basados en aplicaciones, Trabajadores asalariados, Trabajadores autónomos

Keywords: *California, People initiative, App-based drivers, Employees, Independent contractors*

* * *

I. LA PREPARACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020

1. Además de un Estado federado norteamericano muy poblado, muy rico y muy icónico¹, California es igualmente un Estado federado profundamente «democrático» (desde el punto de vista de la democracia directa), así como un Estado *democratic-blue* (desde el punto de vista de los partidos políticos contendientes en las elecciones presidenciales, al menos en los últimos treinta años). Dicha marca «democrática» aparece consagrada en el artículo II de la vigente Constitución de California de 1879², cuyo rótulo es «Votación, iniciativa y referéndum, y destitución [*Voting, initiative and referendum, and recall*]». Este precepto constitucional aparece cumplidamente desarrollado en la División 9 del Código Electoral (*Elections Code*) californiano, donde se regulan —entre otras muchas cuestiones— muy diversos tipos de iniciativas legislativas populares (genéricamente denominadas «Propuestas [*Propositions*]»), en atención a cuál sea su peculiar ámbito geográfico (municipales, de distrito, de condado y, por supuesto, las que pretenden aplicarse en todo el territorio del Estado)³. Sólo en la pasada década y en lo poco que va de la presente, se han sometido a votación en California hasta ochenta y cinco iniciativas legislativas populares de ámbito estatal, con resultados —al menos, desde la óptica europea— idelógicamente sorprendentes, por contrapuestos (en 2016, por ejemplo, se aprobó la Propuesta núm. 64, legalizadora del consumo de la marihuana, al tiempo que se rechazaba la Propuesta núm. 62, relativa a la abolición de la pena de muerte en el Estado). El pasado año 2020 se sometieron a votación trece iniciativas legislativas populares de ámbito estatal, a las que se asignó una numeración cardinal comprendida entre los

¹ Véase A. ARUFE VARELA, «La laborización en California de los transportistas al servicio de plataformas digitales. El caso *Dynamex v. Superior Court* (2018)», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XI (2019), págs. 19 y ss.

² Sobre la historia constitucional californiana, véase M.K. SAUNDERS, «California legal history: the California Constitution of 1849», *Law Library Journal*, núm. 90 (1998), págs. 447 y ss.

³ Sobre el marco genérico de este tema, desde un punto de vista constitucional, véase R.A. VAN CLEAVE, «A Constitution in conflict: the doctrine of independent state grounds and the voter initiative in California», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, núm. 21 (1993), págs. 95 y ss.

núms. 13 y 25, una de las cuales —la Propuesta núm. 22— es la protagonista estelar de este trabajo⁴.

2. Cumpliendo lo dispuesto en el citado Código Electoral californiano, la Propuesta núm. 22 de 2020 contó con su propio sitio en Internet (creado por el Secretario del Estado, y «fácil de acceder y entender por los votantes»)⁵, que constituye una fuente de conocimiento insuperable de todos los pormenores relativos a la misma. Según este sitio de Internet, el nombre oficial de la Propuesta era el de «Exenciones a empresas de reparto y transporte, basadas en aplicaciones, de dar beneficios laborales a ciertos repartidores. Ley por iniciativa [*Exempts app-based transportation and delivery companies from providing employee benefits to certain drivers. Initiative statute*]», siendo su propósito —frente a la Ley de 18 septiembre 2019, promulgada para codificar la doctrina del caso *Dynamex* de 2018⁶— el de que los repartidores al servicio de plataformas digitales pudiesen seguir siendo considerados trabajadores autónomos, en vez de trabajadores asalariados. Según este mismo sitio de Internet, resultaba preciso recoger al menos «623.212» firmas válidas (para así cumplir el mandato constitucional de que la iniciativa hubiese sido «firmada por electores iguales en número al 5 por ciento ... de los votos de todos los candidatos a Gobernador en la última elección para elegirlo»)⁷, habiendo comenzado la recogida de firmas en la segunda semana de enero de 2020, y resultando ser sus promotores una «coalición de repartidores basados en aplicaciones, líderes de seguridad pública, pequeñas empresas, líderes comunitarios, y plataformas de reparto de comida y de vehículos compartidos»⁸.

⁴ En el momento en que esto escribo, la literatura jurídica suscitado por ella tiene un alcance muy limitado. Al respecto, véase J.P. WALTEMATH, «State-law claims – Cal. Super. Ct.: Drivers cant’t temporarily stop Uber from using its app to push Proposition 22», *Wolters Kluwer Employment Law Daily*, referencia 2020 WL 6375270; y O. LOBEL, «We are all gig workers now: online platforms, freelancers & the battles over employment status & rights during the COVID-19 pandemic», *San Diego Law Review*, núm. 57 (2020), págs. 919 y ss.

⁵ Cfr. División 9, Capítulo 1, artículo 7, sección 9082.7, apartado (b).

⁶ Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, «La laboralización en California de los transportistas al servicio de plataformas digitales. El caso *Dynamex v. Superior Court* (2018)», cit., págs. 25 y ss.

⁷ Cfr. artículo II, sección 8, apartado (b), de la Constitución de California. Textualmente, «*signed by electores equal in number to 5 percent ... of the votes for all candidates for Governor at the last gubernatorial election*».

⁸ Véase la sección «News» del sitio www.VoteYesProp22.com, al que se puede acceder por remisión desde el sitio en Internet creado por el Secretario del Estado.

3. Sólo siete semanas después, se había recogido ya más de un millón de firmas válidas, lo que quizá explica —pero en modo alguno justifica— que dos de las empresas promotoras de la iniciativa (más en concreto, el gigante Uber y su competidora más pequeña, Lyft, que habían aportado 30 millones de dólares cada una, a efectos de financiar la iniciativa) se negasen a cumplir la citada Ley de 18 septiembre 2019, que obligaba a reconvertir a sus repartidores, desde la condición de trabajadores autónomos a la de trabajadores asalariados. De ahí que el 5 mayo 2020, el Fiscal General de California, junto con los fiscales de las ciudades de Los Angeles, San Diego y San Francisco, presentasen una demanda interdictal o de medidas cautelares (más en concreto, de condena provisional de hacer)⁹ contra dichas dos empresas, ante una corte de primera instancia del Condado de San Francisco, que fue resuelta el 10 agosto 2020, tras múltiples incidencias procesales, por el caso *People v. Uber*¹⁰. Esta decisión judicial desestimó integralmente las defensas de Uber y Lyft, incluida la de que ambas empresas «están intentando persuadir a los votantes para cambiar la ley»¹¹ (según la corte, «un esfuerzo que puede o no tener éxito, no es razón para que esta corte se niegue a decidir sobre las cuestiones que actualmente se le plantean»¹², aparte el hecho de que «en vez de cumplir con un claro mandato legal, empresas como [Uber y] Lyft están haciendo burla del legislador de California, por no mencionar a los funcionarios públicos cuya responsabilidad primaria es exigir el cumplimiento de la ley»¹³), habiéndose mantenido luego este fallo por una corte de apelaciones, cuya decisión fue emitida el 22 octubre 2020¹⁴ (según ella, «la orden [recurrida] de 10 agosto 2020 se confirma»)¹⁵.

⁹ Sobre la suprema autoridad doctrinal norteamericana en materia interdictal, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La tutela cautelar en la jurisdicción social», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194 (2017), págs. 23 y ss.

¹⁰ Núm. de asunto CGC-20-584402.

¹¹ Cfr. pág. 3. Textualmente, «*are attempting to persuade the voters to change that law*».

¹² *Ibidem*. Textualmente, «*an effort that may or may not succeed, is no reason for this Court to refrain from deciding the issues currently before it*».

¹³ Cfr. pág. 6. Textualmente «*rather than comply with a clear legal obligation, companies like [Uber and] Lyft are thumbing their noses at the California Legislature, not to mention the public officials who have primary responsibility for enforcing A.B. 5*».

¹⁴ Véase caso *People v. Uber* [referencia oficial 56 Cal.App. 5th 266 (2020)], decidido por la Corte de Apelaciones del Primer Distrito de la División 4 de California.

¹⁵ Cfr. pág. 317.

II. LA VOTACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020

4. Lógicamente, mientras se tramitaban estos pleitos, la campaña en favor y en contra de la Propuesta núm. 22 de 2020 se recrudeció, cabiendo compulsar los argumentos contrapuestos de las dos partes a través del citado sitio en Internet de la misma. Los contrarios a la iniciativa legislativa afirmaban que «Uber, Lyft y DoorDash ... contrataron abogados para redactar esta iniciativa engañosa y pagaron millones a operadores políticos para recoger las firmas de los votantes que necesitaban»¹⁶; que «el Fiscal General los demandó hace poco por incumplir la ley y por eludir despiadadamente las responsabilidades con sus repartidores durante años»¹⁷; que «el brote de COVID-19 favoreció la negativa de estas empresas de tratar justamente a sus repartidores»¹⁸, hasta el punto incluso de que «el consejo editorial del New York Times escribió recientemente que estas empresas “se han negado a aplicar medidas consistentes de seguridad durante la pandemia, incluido el suministro de cifras suficientes de mascarillas o la recomendación de distancia social, mientras empujaban a los trabajadores a cumplir un mayor número de órdenes para mantener la demanda creciente de repartos de comida”»¹⁹, etc. Por su parte, los promotores de la iniciativa reconducían los argumentos en favor de la misma a un silogismo: 1) «problema: la nueva drástica legislación amenaza con hacer ilegales a los repartidores basados en aplicaciones que trabajan como trabajadores autónomos»²⁰; 2) «prohibir la contratación de trabajo autónomo a los repartidores basados en aplicaciones eliminaría cientos de miles de puestos de trabajo»²¹; y 3) «solución: el sí a la Propuesta 22

¹⁶ Textualmente, «*Uber, Lyft, and DoorDash ... hired lawyers to write this misleading initiative and paid political operatives millions to collect the voter signatures needed*».

¹⁷ Textualmente, «*the Attorney General recently sued them for breaking the law and for relentlessly avoiding responsibility to their drivers for years*».

¹⁸ Textualmente, «*the outbreak of COVID-19 further exposed these companies' refusal to treat their drivers fairly*».

¹⁹ Textualmente, «*The New York Times editorial board recently wrote that these companies “have failed to enforce consistent safety measures during the pandemic, including providing sufficient numbers of masks or guidance on social distancing, while pushing workers to fulfill an ever greater number of orders to keep up with the rising demand for food deliveries”*».

²⁰ Textualmente, «*problem: drastic new legislation threatens to make it illegal for app-based drivers to work as independent contractors*».

²¹ Textualmente, «*prohibiting independent contract work for app-based drivers would eliminate hundreds of thousands of jobs*».

protege la disposición de los repartidores de trabajar como autónomos y les da nuevos beneficios»²², teniendo en cuenta que «por un margen de 4 a 1 los repartidores basados en aplicaciones quieren ser autónomos»²³.

5. Mientras se desarrollaba esta campaña a favor y en contra de la Propuesta, el legislador de California se vio alarmado por el hecho, antes citado, de que la recogida de firmas se revelase tempranamente muy exitosa, en febrero de 2020. Por eso, teniendo a la vista que la votación popular tendría que realizarse el día 3 noviembre 2020 (según la Constitución de California, tras la certificación de las firmas válidas, «el Secretario del Estado someterá luego la medida a la siguiente elección general que tenga lugar al menos 131 días después de haberlo certificado, o a cualquier elección especial de ámbito estatal que tenga lugar antes de esa elección general»²⁴, aunque teniendo en cuenta que «el Gobernador puede convocar una elección especial de ámbito estatal para la medida»²⁵), intentó restar opositores a la ley de 18 septiembre 2019 —con la que algunos sectores empresariales californianos, distintos de las plataformas digitales, se sentían molestos—, mediante una reforma *express* y parcial de la misma. Esta reforma legal comenzó a tramitarse ya en febrero de 2020 y acabó siendo promulgada por el Gobernador del Estado el día 4 septiembre 2020 (esto es, dos meses antes de que se votase la Propuesta núm. 22), afirmándose en la sección 8 de esta nueva norma que «esta ley es una norma urgente, necesaria para la preservación inmediata de la paz pública, la salud o la seguridad, en el sentido del Artículo IV de la Constitución de California, y entrará en vigor inmediatamente»²⁶.

6. En esta ley urgente, el precepto clave era su sección 2, que aunque mantenía la sustancia de la ley enmendada de 2019 (esto es, la

²² Textualmente, «*solution: yes on prop. 22 protects the ability of drivers to work as independent contractors & provides new benefits*».

²³ Textualmente, «*by a 4:1 margin app-based drivers want to be independent*».

²⁴ Cfr. Artículo II, sección 8, apartado (c), inciso primero. Textualmente, «*the Secretary of State shall then submit the measure at the next general election held at least 131 days after it qualifies or at any special statewide election held prior to that general election*».

²⁵ *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «*the Governor may call a special statewide election for the measure*».

²⁶ Párrafo primero. Textualmente, «*this act is an urgency statute necessary for the immediate preservation of the public peace, health, or safety within the meaning of Article IV of the California Constitution and shall go into immediate effect*».

presunción general de laboralidad del trabajo o servicios prestados para otro, desplazando la carga de la prueba en contra al receptor de los servicios), recortaba el ámbito de aplicación de la misma, mediante la creación de nuevas «exenciones». Estas últimas, que eran muchas, aparecían atropelladamente mencionadas en la exposición de motivos del proyecto de ley, indicando que «el proyecto exceptuaría adicionalmente ciertas ocupaciones en conexión con crear, publicitar, promover o distribuir registros de sonido o composiciones musicales»²⁷; o también, «la actuación individual de un artista que presente material que sea de su factura original y creativa por naturaleza, y cuyo resultado dependa primariamente de la invención, imaginación o talento de la persona»²⁸; o también, «para los servicios suministrados por un artista, escritor, traductor, editor, aportador de contenidos, consejero, narrador, cartógrafo, productor, editor de copias, ilustrador o dibujante de viñetas periodísticas que sean *freelance*»²⁹, etc. Mejoraba, además, los extremos relativos a la exigencia del cumplimiento de la propia ley, afirmando que «junto a cualesquiera otros remedios disponibles, una acción de naturaleza interdictal para impedir la continuada clasificación errónea de trabajadores como trabajadores autónomos puede iniciarse contra el empresario aparente, en una corte que resulte competente, por el Fiscal General, por un fiscal de distrito, por un fiscal de ciudad que tenga una población de más de 750.000 habitantes, o por un fiscal de ciudad en una ciudad y condado o, con el consentimiento del fiscal de distrito, por un fiscal de ciudad en una ciudad que tenga un fiscal de ciudad a tiempo completo, en nombre del pueblo del Estado de California, de oficio o a instancia de un comité, funcionario, persona, corporación o asociación»³⁰.

²⁷ Cfr. párrafo tercero, inciso segundo. Textualmente, «*the bill would additionally exempt certain occupations in connection with creating, marketing, promoting, or distributing sound recordings or musical compositions*»

²⁸ *Ibidem*, inciso tercero. Textualmente, «*an individual performance artist presenting material that is their original work and creative in character and the result of which depends primarily on the individual's invention, imagination, or talent*».

²⁹ Cfr. párrafo cuarto, inciso cuarto. Textualmente, «*for services provided by a fine artist, freelance writer, translator, editor, content contributor, advisor, narrator, cartographer, producer, copy editor, illustrator, or newspaper cartoonist*».

³⁰ Cfr. sección 2, dando nueva redacción a la sección 2786 del *Labor Code*. Textualmente, «*in addition to any other remedies available, an action for injunctive relief to prevent the continued misclassification of employees as independent contractors may be prosecuted against the putative employer in a court of competent jurisdiction by the Attorney General, by a district attorney, or by a city attorney of a city having a population in excess of 750,000, or by a city attorney in a city and county or, with the consent of the district attorney, by a city prosecutor in a city having a full-time city prosecutor in the name of the people of the State of California upon their own complaint or upon the complaint of a board, officer, person, corporation, or association*».

III. LA APROBACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020

7. El día de la votación (recuérdese, el 3 noviembre 2020), la Propuesta núm. 22 de 2020 obtuvo «9.958.425» votos favorables, lo que suponía un 58 por ciento del total de «16.986.245» votos válidos emitidos, resultando así aprobada en sus propios términos literales³¹. Estos últimos aparecían distribuidos en sólo seis secciones, de las cuales la sección clave es la sección 1, la cual estaba subdividida, a su vez, en once artículos. Dentro de este conjunto de artículos, tienen carácter infraestructural o marco su artículo 1 y su artículo 8. El primero de estos dos preceptos hacía efectiva la adición al Código de Profesiones y Negocios (*Business and Professions Code*) de California de un nuevo Capítulo, indicando que «este Capítulo será conocido, y puede ser citado, como la Ley para proteger los servicios y repartidores basados en aplicaciones»³², y aclarando —tras afirmar que «cientos de miles de californianos están optando por trabajar como trabajadores autónomos en la economía moderna»³³— que entre ellos se contaban «padres que quieren trabajar en horarios flexibles mientras sus hijos están en la escuela; estudiantes que quieren ganar dinero entre clase y clase; jubilados que comparten vehículo o realizan entregas unas pocas horas a la semana para complementar ingresos fijos y por interacción social; cónyuges y parejas de militares que se trasladan frecuentemente; y familias que luchan con el alto coste de vida de California y que necesitan obtener ingresos extra»³⁴. Por su parte, el artículo 8 indicaba que la norma entraría en vigor el 1 enero 2021 (literalmente, «esta sección se aplicará a las

³¹ Véase el informe titulado «Statment of vote», elaborado por el Secretario del Estado, en <https://elections.cdn.sos.ca.gov/sov/2020-general/sov/complete-sov.pdf> (pág. 16).

³² Cfr. sección 7448. Textualmente, «*this chapter shall be known, and may be cited, as the Protect App-Based Drivers and Services Act*».

³³ Cfr. sección 7449, apartado (a). Textualmente, «*hundreds of thousands of Californians are choosing to work as independent contractors in the modern economy*».

³⁴ *Ibidem*, apartado (b). Textualmente, «*parents who want to work flexible schedules while children are in school; students who want to earn money in between classes; retirees who rideshare or deliver a few hours a week to supplement fixed incomes and for social interaction; military spouses and partners who frequently relocate; and families struggling with California's high cost of living that need to earn extra income*».

transacciones de pago a notificar, que ocurran en o después de 1 enero 2021»³⁵.

8. Esto despejado, los preceptos con más interés sustantivo son los artículos 2, 3, 4 y 5 del Capítulo en cuestión, que configuran al repartidor al servicio de plataformas digitales como un auténtico trabajador autónomo, aunque asignándole algunos beneficios equivalentes a aquellos de que disfrutaban los trabajadores asalariados, por lo que —de buscarles algún paralelismo en el Derecho español— habría que considerarlos de algún modo similares a nuestros trabajadores autónomos económicamente dependientes. Su carácter de trabajadores autónomos aparece impuesto en el artículo 2, según el cual deberán ser considerados tales siempre que cumulativamente tengan libertad horaria³⁶, libertad de aceptar o rechazar los encargos³⁷, y libertad para realizar otro tipo de trabajos³⁸, incluso en empresas competidoras de su plataforma digital contratante³⁹. Por su parte, los otros tres preceptos regulan la aplicación a estos trabajadores autónomos de ciertas condiciones de trabajo propias de los trabajadores asalariados, entre las cuales se incluyen el derecho a una compensación económica mínima garantizada (en el artículo 3)⁴⁰, el derecho a protección por

³⁵ Cfr. sección 7464.5, apartado (f). Textualmente, «*this section shall apply to reportable payment transactions occurring on or after January 1, 2021*».

³⁶ Según la nueva sección 7451, apartado (a), que «la empresa en red no prescriba unilateralmente fechas, períodos del día, o un número mínimo de horas durante el cual el repartidor basado en aplicaciones deba estar conectado». Textualmente, «*the network company does not unilaterally prescribe specific dates, times of day, or a minimum number of hours during which the app-based driver must be logged*».

³⁷ Según la nueva sección 7451, apartado (b), que «la empresa en red no exija al repartidor basado en aplicaciones aceptar ningún servicio específico de compartir vehículo o demanda de servicio de reparto». Textualmente, «*the network company does not require the app-based driver to accept any specific rideshare service or delivery service request*».

³⁸ Según la nueva sección 7451, apartado (d), que «la empresa en red no impida al repartidor basado en aplicaciones trabajar en otra ocupación o negocio lícitos». Textualmente, «*the network company does not restrict the app-based driver from working in any other lawful occupation or business*».

³⁹ Según la nueva sección 7451, apartado (c), que «la empresa en red no impida al conductor basado en aplicaciones realizar servicios de compartir vehículo o servicios de reparto por medio de otras empresas en red». Textualmente, «*the network company does not restrict the app-based driver from performing rideshare services or delivery services through other network companies*».

⁴⁰ Según la sección 7453, apartado (a), la regla general es que «una compañía en red asegurará que por cada período de ingresos, un repartidor basado en aplicaciones sea compensado con no menos que el suelo de ingresos netos que se establece en esta sección» (inciso primero), teniendo en cuenta que «el suelo de ingresos netos establece un nivel

accidente de trabajo (en el artículo 4)⁴¹, o los derechos a protección anti-discriminatoria, a formación en seguridad y salud, así como el derecho imperativo a un descanso mínimo (todos ellos en el artículo 5)⁴². Sobre la interpretación —necesariamente no restrictiva— que merece este conjunto de preceptos, gravita la sección 5 (y última) de la ley. Según ella, «esta ley será liberalmente interpretada, con la finalidad de cumplir sus objetivos»⁴³.

9. Entre otras posibles incidencias (eventual aprobación de iniciativas legislativas populares contrapuestas⁴⁴, enmienda de la propia ley una vez aprobada por los votantes⁴⁵), la Propuesta núm. 22 de 2020 también preveía la posibilidad de que pudiese llegar a ser impugnada ante los tribunales, tras haber sido votada a favor por el electorado. Al respecto, su sección 4 afirmaba, de un lado, que «el propósito de esta sección es asegurar que el valioso derecho de iniciativa del pueblo no pueda ser incorrectamente anulado por políticos del Estado que se nieguen a defender la voluntad de

mínimo garantizado de compensación a los repartidores basados en aplicaciones, que no puede reducirse» (inciso segundo), y que «el suelo de ingresos netos no prohíbe en ningún modo a los repartidores basados en aplicaciones percibir un nivel más alto de compensación» (inciso tercero). Textualmente, «*a network company shall ensure that for each earnings period, an app-based driver is compensated at not less than the net earnings for as set forth in this section. The net earnings for establishes a guaranteed minimum level of compensation for app-based drivers that cannot be reduced. In no way does the net earnings for prohibit app-based drivers from earning a higher level of compensation*».

⁴¹ Más en concreto, en lo esencial, «seguro de accidentes de trabajo para cubrir los gastos médicos y la pérdida de ingresos derivada de lesiones sufridas mientras el repartidor basado en aplicaciones está conectado» [sección 7455, apartado (a), párrafo primero, inciso primero]. Textualmente, «*occupational accident insurance to cover medical expenses and lost income resulting from injuries suffered while the app-based driver is online*».

⁴² Según la nueva sección 7456, apartado (a), la protección antidiscriminatoria se concibe en términos amplísimos, pues cubre «raza, color, ancestros, origen nacional, religión, credo, edad, incapacidad física o mental, sexo, género, orientación sexual, identidad o expresión de género, condición médica, información genética, estatus marital o estatus militar o como veterano». Textualmente, «*race, color, ancestry, national origin, religion, creed, age, physical or mental disability, sex, gender, sexual orientation, gender identity or expression, medical condition, genetic information, marital status, or military or veteran status*».

⁴³ Textualmente, «*this act shall be liberally construed in order to effectuate its purposes*». Sobre el tema, véase K. CHRISTENSON, «Interpreting the purposes of initiatives: Proposition 65», *Hastings Law Journal*, núm. 40 (1989), págs. 1031 y ss.

⁴⁴ Cfr. sección 3 (rotulada «Iniciativas en conflicto [*Conflicting measures*]»).

⁴⁵ Cfr. sección 2, artículo 9 (rotulado «Enmienda [*Amendment*]»).

los votantes»⁴⁶; y de otro lado, que «por eso, si esta ley es aprobada por los votantes del Estado de California y, tras ello, se sometiese a impugnación jurídica que intente limitar el ámbito de aplicación de esta ley de algún modo, o alegue que esta ley incumple del Derecho local, estatal o federal en todo o en parte, y tanto el Gobernador como el Fiscal General se nieguen a defender esta ley, entonces se adoptarán las siguientes medidas»⁴⁷, que eran tres: 1) «el Fiscal General nombrará un abogado independiente para defender lealmente y vigorosamente esta ley en nombre del Estado de California»⁴⁸; 2) «antes de nombrar o después de sustituir al abogado independiente, el Fiscal General ejercerá la diligencia debida al determinar las cualificaciones del abogado independiente»⁴⁹; y 3) «para apoyar la defensa de esta ley en instancias en que el Gobernador y el Fiscal General se nieguen a hacerlo, a pesar de la voluntad de los votantes, se efectúa por la presente una continua reserva de crédito al Interventor en el Fondo General, con independencia de años fiscales, en cuantía necesaria para cubrir los costes de mantener al abogado independiente que defienda fielmente y vigorosamente esta ley en nombre del Estado de California»⁵⁰. Aparentemente, esta norma tenía en cuenta el precedente de la negativa de las autoridades del Estado de California a defender en juicio la polémica Propuesta núm. 8 de 2008, sobre legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, que acabó siendo decidido por el caso *Hollingsworth v. Perry*, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 26 junio

⁴⁶ Inciso primero. Textualmente, «*the purpose of this section is to ensure that the people's precious right of initiative cannot be improperly annulled by state politicians who refuse to defend the will of the voters*».

⁴⁷ Inciso segundo. Textualmente, «*therefore, if this act is approved by the voters of the State of California and thereafter subjected to a legal challenge which attempts to limit the scope or application of this act in any way, or alleges this act violates any local, state, or federal law in whole or in part, and both the Governor and Attorney General refuse to defend this act, then the following actions shall be taken*».

⁴⁸ *Ibidem*, apartado (a). Textualmente, «*the Attorney General shall appoint independent counsel to faithfully and vigorously defend this act on behalf of the State of California*».

⁴⁹ *Ibidem*, apartado (b). Textualmente, «*before appointing or thereafter substituting independent counsel, the Attorney General shall exercise due diligence in determining the qualifications of independent counsel*».

⁵⁰ *Ibidem*, apartado (c). Textualmente, «*in order to support the defense of this act in instances where the Governor and Attorney General fail to do so despite the will of the voters, a continuous appropriation is hereby made from the General Fund to the Controller, without regard to fiscal years, in an amount necessary to cover the costs of retaining independent counsel to faithfully and vigorously defend this act on behalf of the State of California*».

2013⁵¹. Lógicamente, habrá que esperar a ver qué sucede. Eso sí, sea lo que fuere, ocurrirá en 2021, una vez que se haya producido la entrada en vigor de la Propuesta núm. 22 de 2020 (ahora denominada, recuérdese, «Ley para proteger los servicios y repartidores basados en aplicaciones»).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

— J. ABBOTOY, «A “[non]essential limit on our power”»: standing doctrine and judicial restraint in *Hollingsworth v. Perry*, 133 S.Ct. 2652 (2013)», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, núm. 37 (2014).

— A. ARUFE VARELA, «La laboralización en California de los transportistas al servicio de plataformas digitales. El caso *Dynamex v. Superior Court* (2018)», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XI (2019).

— J.S. CARAGOZIAN y N. STERN, «Proponents’ standing to defend their ballot initiatives: post-*Hollingsworth* work-arounds?», *Northeastern University Law Review*, núm. 9 (2017).

— K. CHRISTENSON, «Interpreting the purposes of initiatives: Proposition 65», *Hastings Law Journal*, núm. 40 (1989).

— C.W. GIVENS, «Cases, controversies, and direct democracy: overcoming the *Hollingsworth v. Perry* defensive standing obstacle when State executives decline to defend», *Kentucky Law Journal*, núm. 104 (2015).

— J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La tutela cautelar en la jurisdicción social», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194 (2017).

⁵¹ Referencia oficial 570 U.S. 693 (2013). Sobre el tema, véase J. ABBOTOY, «A “[non]essential limit on our power”»: standing doctrine and judicial restraint in *Hollingsworth v. Perry*, 133 S.Ct. 2652 (2013)», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, núm. 37 (2014), págs. 363 y ss.; C.W. GIVENS, «Cases, controversies, and direct democracy: overcoming the *Hollingsworth v. Perry* defensive standing obstacle when State executives decline to defend», *Kentucky Law Journal*, núm. 104 (2015), págs. 189 y ss.; y J.S. CARAGOZIAN y N. STERN, «Proponents’ standing to defend their ballot initiatives: post-*Hollingsworth* work-arounds?», *Northeastern University Law Review*, núm. 9 (2017), págs. 69 y ss.

— O. LOBEL, «We are all gig workers now: online platforms, freelancers & the battles over employment status & rights during the COVID-19 pandemic», *San Diego Law Review*, núm. 57 (2020).

— M.K. SAUNDERS, «California legal history: the California Constitution of 1849», *Law Library Journal*, núm. 90 (1998).

— R.A. VAN CLEAVE, «A Constitution in conflict: the doctrine of independent state grounds and the voter initiative in California», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, núm. 21 (1993).

— J.P. WALTEMATH, «State-law claims – Cal. Super. Ct.: Drivers cant’t temporarily stop Uber from using its app to push Proposition 22», *Wolters Kluwer Employment Law Daily*, referencia 2020 WL 6375270.

RECENSIONES DE LIBROS

[BOOK REVIEW]

Henar ÁLVAREZ CUESTA, *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: Desafíos y propuestas*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2020), 124 págs.

Tras una lectura pausada —que recomiendo vivamente— de este libro novedoso de la profesora leonesa Henar ÁLVAREZ CUESTA, me ha parecido evidente que la problemática planteada a corto plazo por la aplicación masiva de lo que yo llamaría «robótica» (pensando sobre todo en su mayor tradición, pues el origen de la palabra eslava «robot» se remonta a los años veinte del siglo pasado) en la realidad jurídico-laboral ha quedado cumplidamente descrita y brillantemente sistematizada en el mismo; y especialmente, en sus Capítulos II y III, respectivamente relativos al «Impacto de la inteligencia artificial en el trabajo», y a los «Riesgos y desafíos de la inteligencia artificial en el mundo laboral». Ahora bien, no bastaba sólo con describir y sistematizar problemas, sino que también resultaba preciso buscar soluciones justas a los mismos, que es a lo que la autora orienta fructuosamente el contenido del Capítulo IV («Principios que han de guiar la aplicación de la inteligencia artificial en el trabajo»), así como el del Capítulo V y último («Propuestas de futuro cercano para los sistemas de inteligencia artificial») de este sugerente libro suyo. Desde la perspectiva iuscomparatista, que es la que justifica la reseña de dicha espléndida monografía en una revista como ésta, todo son de momento propuestas y recomendaciones (la ilustre prologuista del propio libro habla, al respecto, de «instrumentos de *soft law*»), relatando la autora con amenidad muchos de ellos ya existentes en algunos países de nuestro entorno cultural más próximo (Gran Bretaña, Francia o Canadá, por ejemplo), aunque haga brillar esta regla la excepción representada por una Ley del Estado norteamericano de Illinois, realmente pionera en el asunto, pero que a la autora —con toda razón— le plantea y le suscita «dudas». Siempre desde el concreto punto de vista iuscomparatista, y supuesto que la utilidad del Derecho comparado pueda acabar siendo la de ofrecer «modelos» de regulación, a mí me han impactado especialmente las páginas 108 y siguientes de este libro. En ellas, aparece estudiado un instrumento convencional, a caballo entre el *soft law* y el Derecho de verdad (que no sabría yo si calificar como *hard law* o *heavy law*), llamado a tener que ser estudiado con todo el interés que se merece por nuestra doctrina científica laboralista.

Se trata del que la profesora ÁLVAREZ CUESTA denomina «primer Acuerdo Europeo sindical de junio de 2020» sobre el tema, esto es el *European Social Partners Framework Agreement on Digitalisation*. No cabe dudar de su atractivo, pues «contempla [“a nivel europeo”] un apartado dedicado a la regulación convencional de la I[n]teligencia A[rtificial]», previendo «la necesidad de adaptar el contenido convencional a los distintos niveles de negociación (empresa o supraempresarial) respecto a este aspecto». Con base en él, la autora apuesta por «un Acuerdo Marco interprofesional [español] ..., sin perjuicio de su [ulterior] adaptación a un sector u organización productiva en concreto», apuntando incluso cuáles tendrían que ser las estructuras esenciales del clausulado del mismo («debe seguir el principio de control humano»; «debe seguir los principios de equidad, es decir, que los trabajadores sean libres de prejuicios injustos y discriminación»; «los sistemas de inteligencia artificial deben diseñarse y utilizarse para cumplir con la legislación vigente, incluido el R[eglamento]G[eneral de]P[rotección de]D[atos], garantizando la privacidad y dignidad del trabajador», etc.). Se trata de un planteamiento impecablemente congruente con las pretensiones que la propia autora se planteó al escribir este libro, expuestas en el último Capítulo del mismo (rotulado, recuérdese, «Propuestas de *futuro cercano* para los sistemas de inteligencia artificial»). Y yo diría que se trata, además, de una congruencia inobjetablemente posibilista. Confiemos, eso sí, en que no le acabe ocurriendo a este pionero «primer Acuerdo Europeo» lo mismo que le sucedió a algún otro acuerdo marco europeo, asimismo pionero, pero tampoco cubierto —al menos de momento— por el manto protector y la potencia jurídica de auténticos instrumentos de Derecho imperativo puro y duro, como es el caso claro, por ejemplo, de una Directiva de la Unión Europea.

Lógicamente, me refiero al acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo de 2002. En España, siempre tuvo una presencia y una eficacia más bien lánguidas. Hasta que fue súbitamente despertado de ese estado de somnolencia y de letargo en que se encontraba por el estallido de la pandemia del coronavirus. El reloj despertador fue en este caso, como se sabe, el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 septiembre, de trabajo a distancia. Ahora bien, lo que sigue resultando llamativo en esta norma es que se refiera al acuerdo en cuestión casi como si fuese una reliquia histórica o una pieza de museo, recordando sobre él —en su exposición de motivos—, entre

otras varias cosas, que fue «revisado en 2009», y que «otorga a las personas trabajadoras la misma protección global [*sic*] que a las que ejercen sus actividades en los locales de la empresa», pero sin incluirlo —como es lógico— dentro del «acervo de normas internacionales, comunitarias y nacionales que integran “un suelo social mínimo”». En sus antípodas, se ubicaría el acuerdo marco europeo sobre el trabajo de duración determinada, precisamente por su rasgo diferencial de aparecer incorporado como anexo a la Directiva 1999/70/CE, la cual ya no es obviamente ni mero *soft law* ni tampoco una fuente dotada de mera eficacia obligacional, sino (como ha tenido ocasión de recordarnos a todos el Tribunal de Luxemburgo) auténtico Derecho imperativo, con la eficacia jurídica reforzada por el principio de supremacía —respecto de los ordenamientos nacionales, incluido nuestro Estatuto de los Trabajadores— que tiene el Derecho social (normativo y jurisprudencial) de la Unión Europea.

Jesús Martínez Girón

Jaime CABEZA PEREIRO, *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, Bomarzo (Albacete, 2020), 133 págs.

Esta reciente y excelente monografía del profesor CABEZA PEREIRO, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Vigo, resulta un libro grato de leer por muy diversas razones, aunque —desde la óptica del Derecho laboral comparado— yo destacaría una, relativa a cierto asunto de la más rabiosa actualidad no sólo en España, sino (como se pone de relieve en una de las contribuciones doctrinales publicadas en este mismo volumen del *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*) también en los Estados Unidos. Me refiero al asunto de los trabajadores autónomos a los que se asigna una cierta protección laboral, esto es, a los popularmente llamados TRADEs en nuestro país, sobre cuya naturaleza de figura híbrida (o según la terminología del profesor CABEZA, de figura «intermedia» o a medio cambio entre la del asalariado y el autónomo tradicionales) nada puede ni objetarse ni añadirse. Al respecto, tras un concienzudo estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la conclusión de nuestro autor es nítida. La formula con acribia en la página 110 del libro, dentro de un subepígrafe del mismo rotulado «Categorías intermedias y trabajo autónomo». Lo que el profesor CABEZA PEREIRO afirma allí, con carácter conclusivo, es que «en el ámbito de la doctrina del T[ribunal de]J[usticia de la]U[nión]E[uropea] no se ha dejado espacio para esas categorías intermedias, sino que se ha dispuesto una rígida diferencia entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia», aunque —continúa— «no es del todo simétrica la delimitación que se ha hecho de uno y otro».

Desde el punto de vista del Derecho comparado, nuestro autor contextualiza esa conclusión realizando un repaso de legislaciones laborales nacionales extranjeras, siempre preciso. Así, contrapone, de un lado; 1) Alemania y Austria, donde «se ha generado el concepto de “personas asimiladas a empleadas” —*arbeitnehmerähnliche Personen*—, a las que se les aplican algunas de las normas previstas para el trabajo subordinado»; 2)

el Reino Unido, en donde «la conocida diferencia entre *employee* y *worker* ha permitido expandirle a éste algunas de las garantías y protecciones características de aquél»; y 3) «asimismo, hay que considerar la experiencia italiana, cuyas últimas reformas legales han intentado con éxito discreto configurar categorías atributivas de derechos». Y de otro lado, frente a dichas legislaciones, incluida la nuestra, otras tantas legislaciones laborales nacionales europeas, afirmando que «en realidad, esta contraposición entre dos conceptos encontrados, además de responder a una clásica configuración del ordenamiento jurídico laboral, ha sido propugnada, no sin razón, por un importante sector doctrinal, que ha defendido que los sistemas sin categorías intermedias —entre otros, el francés, el sueco o el belga— optan por un concepto amplio e inclusivo de trabajador, que incluye relaciones que en otros sistemas serían consideradas como de trabajo autónomo», afirmando incluso que dicho sector doctrinal sostiene que «los modelos con categorías intermedias son menos preferibles también porque provocan mayor inseguridad jurídica y una más intensa conflictividad, con la consiguiente incertidumbre que perjudica, en particular, a la parte más débil del contrato».

En puridad, como pone de relieve el profesor CABEZA PEREIRO, el Derecho derivado más reciente de la Unión Europea acaba de blindar la aparente alergia comunitaria a la existencia de las citadas figuras contractuales intermedias o híbridas. En este sentido, habría que resaltar el estudio que su libro realiza de la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, que reafirma el «concepto europeo» de trabajador asalariado, al remitirse expresamente a la elaboración del mismo efectuada por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (literalmente, según su artículo 1.2, «la presente Directiva establece los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, *tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*»). Acerca de su previsible impacto en nuestro Derecho, a pesar de su «olvido» por la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, el profesor CABEZA PEREIRO también recuerda que dicha importante Directiva «obliga a los Estados miembros que autoricen el contrato a demanda a que lo limiten en su uso y duración y a que incorporen una presunción “refutable” de un número mínimo de horas pagadas, entre otras medidas destinadas a evitar prácticas abusivas», lo que

—siempre según él— «facilitará un tránsito de estas modalidades a un régimen más previsible y, en consecuencia, a una calificación más diáfana como trabajadores de quienes se vinculen por ellas».

Iván Vizcaíno Ramos

Javier GÁRATE CASTRO, *Lecturas sobre el derecho a la negociación colectiva laboral*, 2ª ed., Cinca (Madrid, 2020), 235 págs.

El interés comparatista de estas «lecturas» jurídicas sobre negociación colectiva del catedrático compostelano de Derecho del Trabajo, Javier GÁRATE CASTRO, es claro y rotundo, precisamente por tratarse de un auténtico manual universitario (esto es, el concreto género de la literatura escolástica en que tradicionalmente precipita el que es para nosotros, los universitarios, el libro por antonomasia). Mi concreta experiencia personal, supuesto que pretendiese —como iuscomparatista— aterrizar con seguridades en un ordenamiento jurídico extranjero (y sobre todo, con la garantía de evitar el riesgo de descontextualización de aquello que pretendiese estudiar, el cual acecha siempre a quien observa desde fuera un ordenamiento jurídico distinto del suyo), ha acabado siendo siempre la de dejarme orientar y guiar por un manual reciente, centrado en el estudio de las fuentes directas de conocimiento, normativas y jurisprudenciales, que me interesase conocer; además, que hubiese sido redactado con unidad de propósito por un maestro reconocido de la investigación y la docencia del Derecho del Trabajo, y consecuentemente, por quien garantiza —por razón de su oficio— la claridad expositiva de lo tratado (y con ella, la verdadera cortesía del intelectual frente a su hipotético lector, que este último siempre estima y agradece); y también, si fuese posible, que hubiese ya pasado la criba que supone lanzar al mercado editorial y a la crítica científica una primera edición, pues la segunda o ulteriores certifican una clara vocación de perennidad, superadora de la obsolescencia a que inevitablemente se somete, en principio, cualquier publicación que pretenda abordar asuntos, como los jurídico-laborales, de Derecho positivo puro. Todo esto, pero también más herramientas de contextualización útiles (por ejemplo, referencias bibliográficas precisas, relativas a la mejor doctrina científica sobre cuestiones problemáticas más concretas), lo encontrará en esta obra un hipotético colega iuslaboralista extranjero, que pretenda conocer —sin asumir ningún tipo de riesgo descontextualizador— cómo es y cómo funciona, no sólo en la realidad formal, el complejo Derecho de la negociación colectiva que tenemos en España.

La obra se estructura en dos grandes partes («El derecho a la negociación colectiva laboral y los productos de su ejercicio», y «La negociación colectiva estatutaria»), a su vez, subdivididas en sus correspondientes capítulos (hasta siete, en la parte segunda). Lógicamente, todo el armazón reposa sobre el artículo 37, apartado 1, de la Constitución española, recordando al respecto el profesor GÁRATE que «España pertenece al grupo de países en los que la negociación colectiva es reconocida como un derecho constitucional». Lo demás, resumido en muy pocas palabras, resulta ser un estudio exhaustivo —pero cómodamente manejable— de los once preceptos que integran el Título III de nuestro Estatuto de los Trabajadores («la negociación colectiva *estatutaria*»), con su correspondiente desarrollo reglamentario y administración jurisprudencial, advirtiendo nuestro autor acerca del que es el verdadero hilo conductor de la obra, pues «aunque el mandato de garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de sus productos es asumido por el E[statuto de los]T[rabajadores], en su Título III, los preceptos que integran este no son los únicos de dicho texto legal con contenidos que sirven a efectos del cumplimiento de aquel mandato». Es evidente, en mi opinión, el rotundo y clarificador trabajo de investigación de las antinomias u ocurrencias de las fuentes, que subyace alojado en los entresijos de este manual espléndido, como en el caso de su tratamiento de la «ultraactividad», en el capítulo V de la parte segunda, que se ofrece al lector interesado en unas pocas páginas, aunque con el nivel y resultados propios de una auténtica monografía. Por supuesto, el profesor GÁRATE ha tenido en cuenta y asumido la inestabilidad (e incluso, provisionalidad) de las fuentes que se ve obligado a manejar, aunque la explique y la relativice —mirando el asunto con perspectiva de águila—, recordando que el poder negociador de los interlocutores sociales «varía según el momento en que se ejerza, de modo que en épocas de crisis económica se debilita, con carácter general, el que corresponde a la parte social frente al de la parte empresarial».

Frente a otros modelos democráticos de negociación colectiva, caracteriza rotundamente al nuestro el hecho de que contemos con «productos» muy singulares del ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva, que son los convenios colectivos «extraestatutarios». Aparecen monográficamente estudiados por nuestro autor, siempre con acribia, en el capítulo II de la parte primera de su obra. Y descontado el interés de estas páginas para un hipotético colega extranjero iuscomparatista, resultaría injusto dejar de confesar la satisfacción que su lectura suscita, también en sectores del propio iuslaboralismo español, entre

los que yo mismo me incluyo. Lo que en dichas páginas critica el profesor GÁRATE es que se concluya que «la eficacia jurídica de los convenios colectivos extraestatutarios es, a diferencia de la de los convenios colectivos estatutarios, una eficacia meramente contractual derivada del art. 1258 del C[ódigo].c[ivil].», razonando de manera totalmente convincente que dicha conclusión «tópica y vieja en la jurisprudencia laboral y en la doctrina judicial, sin perjuicio de las contradicciones y de las fisuras que muestra desde hace ya un tiempo, y aceptada, sin más, por una parte de la doctrina jurídica», al ubicar «la regulación que proporcionan los convenios colectivos extraestatutarios en igual posición que la del contrato de trabajo», resulta inconciliable «con el contenido esencial de la fuerza vinculante de los convenios colectivos dispuesta por la C[onstitución]E[spañola]».

Jesús Martínez Girón

Belén del Mar LÓPEZ INSUA, *La protección social de las personas inmigrantes: Un modelo garantista*, Atelier (Barcelona, 2020), 223 págs.

Esta monografía granadina constituye una muestra elocuente y brillante de la línea de investigación en que se asienta el que puede denominarse Derecho «comprometido» de la Seguridad Social, dando por supuesto que el adjetivo calificativo subrayado se refiere a los principios y exigencias de la justicia social. Siempre me ha gustado explicar a mis alumnos el significado de la palabra «compromiso», en cuanto que distinto del de la palabra «apoyo», utilizando la metáfora culinaria de los huevos con beicon, por tener la convicción firme de que así nuestro público más legítimo recordará siempre el significado profundo de uno y otro términos, tan distintos. Lo que les cuento, tirando del hilo de dicha metáfora un poco bárbara, pero también pedagógicamente eficaz, es que en dicho plato popular el ave meramente apoya, mientras que quien se compromete es el mamífero. Pues bien, con esta reciente monografía suya, la profesora LÓPEZ INSUA pone, en mi opinión, carne de su carne y sangre de su sangre defendiendo, siempre con auténtica maestría jurídica, los imperativos de la justicia social en el trato de seguridad social que merecen las personas inmigrantes, colocando en un segundo plano —supuesta su condición ontológica, en ocasiones olvidada, de seres humanos— cuál pueda ser el concreto estatus administrativo de extranjería que tienen. Sobre esto, también incide el ilustre prologuista del libro (y maestro, además, de nuestra autora), al contraponer las exigencias mercantilistas de lo que denomina «globalización neoliberal» con las propias de una «ciudadanía inclusiva». Por supuesto, la profesora LÓPEZ INSUA ni oculta ni pretende ocultar su posición a este respecto. La proclama en el subtítulo del libro («Un modelo garantista»), para que quede así clara desde el principio, y la desarrolla sintéticamente en la brillante «Introducción» del mismo (afirmando, con toda rotundidad, que «desde el ámbito europeo la política que impera pone el acento sobre el poder de los Estados, antes que sobre la protección de las personas y de sus derechos fundamentales»).

Por encima de su estructuración formal, este libro comprometido cubre —respecto de la protección social de las personas inmigrantes— dos áreas temáticas diferenciadas, pero íntimamente vinculadas entre sí. Con la

primera, la autora aborda críticamente dicha protección desde la perspectiva del Derecho de la Seguridad Social «que es», agrupando en ella los núcleos principales de imputación normativa y jurisprudencial, a modo de los grandes capítulos tradicionales de nuestros libros, en los siguientes: 1) «la protección por desempleo de los trabajadores inmigrantes»; 2) «la protección específica por dependencia», dentro del marco más amplio de la «asistencia social, servicios sociales y seguridad social»; 3) los «avances y retrocesos en el acceso a una asistencia sanitaria universal», calificando aquí la protección de la salud como derecho en situación de «encrucijada»; y 4) «el derecho a la reagrupación familiar como mecanismo de integración social de inmigrantes», que encaja nuevamente en un marco más amplio, ahora relativo a la «protección a la familia y movimientos migratorios». Por su parte, la segunda encara el Derecho de la Seguridad Social «que debería ser», siempre según nuestra autora, con propuestas concretas (y extraordinariamente bien fundamentadas) dirigidas al legislador, ejemplificándolas perfectamente la relativa a «eliminar los límites y prohibiciones que para el acceso a las prestaciones por desempleo se han creado, a partir del año 2008, para los inmigrantes irregulares que han contribuido al sistema de Seguridad Social», a cuyo efecto —al hilo de la tensión existente entre las «necesidades reales de nuestro mercado de trabajo», de un lado, y la «integración de las personas inmigrantes», del otro— razona que «el desempleo constituye una magnífica fórmula que no sólo cumple con los cometidos de política migratoria “ideal” y de políticas de empleo propias de todo Estado de Bienestar Social, sino que es más, permite hacer justicia a los principios mismos que determinan el surgimiento del sistema de Seguridad Social».

Convencido —como estoy— de que la dependencia es la contingencia de seguridad social del siglo XXI, me han interesado profundamente las muchas páginas que la profesora LÓPEZ INSUA dedica en este libro a la protección social de las personas inmigrantes, también las irregulares, dedicadas al cuidado de personas dependientes. La realidad que describe es dramática y patética. Pero ve indicios esperanzadores, que vienen «de fuera», aunque no se trate de indicios de Derecho comparado de la Seguridad en sentido estricto. Según ella, se concretan en el hecho de que «a nivel comunitario el 21 de junio de 2018, el Consejo ha acordado negociar (con carácter general) su posición para la coordinación de los sistemas de seguridad social (revisión de los Reglamentos nº 883/2004 y n 987/2009)», teniendo en cuenta que «en particular, en materia de dependencia el proyecto de Reglamento modificador refleja las

consecuencias del envejecimiento de la población y el papel cada vez más importante que desempeñan las prestaciones por cuidados de larga duración en los sistemas nacionales de seguridad social». Como es lógico, la profesora LÓPEZ INSUA ve aquí una oportunidad de poner orden en el estado de cosas que tenemos actualmente en España [según ella, «la protección jurídica de las situaciones de dependencia es perfectamente encuadrable en los sistemas de Seguridad Social (en relación el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)»], concluyendo que en la reforma proyectada de tan importantes Reglamentos, que tanto tienen que ver con la libre circulación de personas (y consecuentemente, con la inmigración), no resultaría admisible «descuidar la protección de los trabajadores que de manera informal cubren esas necesidades».

Jesús Martínez Girón

Günther LÖSCHNIGG y Christina SCHNITTLER, *Arbeits- und Sozialrecht in den USA — eine Einführung*, ÖGB Verlag (Viena, 2020), 141 págs.

El profesor Günther LÖSCHNIGG, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Graz, es en la actualidad el maestro indiscutible del Derecho austriaco del Trabajo. Es un maestro laboralista muy bien conocido en España, sobre todo tras la traducción al castellano (publicada en 2013, por la editorial gallega Andavira) del compendio de su acreditadísimo y muy voluminoso manual de la disciplina que ambos profesamos. Se trata, además, de un reconocido especialista del Derecho comparado del Trabajo, que encauza estas otras inquietudes científicas suyas organizando o supervisando el congreso centroeuropeo bienal más prestigioso de Derecho comparado del Trabajo (en el que nos conocimos, por cierto, hace ahora más de diez años), así como publicando intensamente sobre dicha concreta parcela científica. Su infatigable actividad como publicista del Derecho comparado acaba de subrayarse y de certificarse con el lanzamiento al mercado editorial de esta espléndida monografía sobre Derecho norteamericano del Trabajo y de la Seguridad Social. En realidad, se trata de su segunda gran incursión en dicho tema, pues en 1996 llegó a publicar, en coautoría con la profesora norteamericana Carol RASNIC, un primer libro sobre esa misma temática. Ahora bien, como el profesor LÖSCHNIGG confiesa en el prólogo de esta nueva obra suya, «el presente volumen no puede considerarse una nueva edición» de la recién citada, «en vista de su nueva estructuración y de sus contenidos modificados», aparte el hecho de que «la exposición se apoya también principalmente en las estancias de investigación de la señora Dra. Christina Schnittler [colega laboralista suya en la Universidad austriaca de Linz], en California», lo que justifica —concluye— que muchas de las fuentes estatales ahora mencionadas, complementarias de las fuentes jurídicas federales norteamericanas, se correspondan «en buena parte con el Derecho del Estado federado de California».

La obra se estructura en cinco capítulos, en los que se da cuenta de los contenidos que tradicionalmente cabría esperar —con una óptica continental europea— de una obra de conjunto sobre un Derecho occidental

del Trabajo y de la Seguridad Social. Así, tras un breve capítulo primero introductorio, el capítulo 2 (rotulado «*Employment Law — Individualarbeitsrecht*») trata del Derecho del contrato de trabajo, el Capítulo 3 (rotulado «*Labor Law — Kollektives Arbeitsrecht*») trata del Derecho de la negociación colectiva, el capítulo 4 del potentísimo Derecho antidiscriminatorio laboral norteamericano (bajo el rótulo «*Employment discrimination — Diskriminierungsverbote im Arbeitsrecht*»), y el capítulo 5 del Derecho de la seguridad social. Aunque la obra se subtitule y se adjetive con modestia como «una Introducción [*eine Einführung*]», las profundidades en que la misma se atreve a bucear prueban que se trata, en realidad, de un auténtico manual de Derecho norteamericano del Trabajo y de la Seguridad Social. En este sentido, el tratamiento procedimental y procesal de las pretensiones antidiscriminatorias de los trabajadores, en el capítulo 4, resulta ejemplar (al respecto, remitiría especialmente a los subepígrafes del mismo sobre «justificación de la discriminación [*Rechtfertigung einer Diskriminierung*]», y sobre «realización del derecho y pretensiones [*Rechtsdurchsetzung und Ansprüche*]»). Lo mismo cabe afirmar del tratamiento, en el capítulo 5, de la protección federal de la asistencia sanitaria u «Obamacare», al describirse allí con todo lujo de detalles, pero también con mucha amenidad, el calvario administrativo y procesal a que el Presidente TRUMP sometió la ley federal reformadora del asunto de 2010, promulgada a iniciativa de su antecesor en el cargo, apuntándose incluso que la última palabra sobre el tema acabará pronunciándola la Corte Suprema de los Estados Unidos, y que —para la revisión de este asunto— «la audiencia oral se ha fijado para el 10.11.2020».

Aunque la obra aparezca publicada en alemán, suponiéndose que su destinatario ideal tendría que ser el público germano-hablante, a mí me resulta evidente su concepción para un público interesado mucho más amplio, no necesariamente familiarizado con la lengua centroeuropea en cuestión. Lo prueba el hecho de que incluya al final un «Apéndice», donde se reproducen al pie de la letra concretos preceptos cruciales de hasta veinte Leyes federales norteamericanas reguladoras de asuntos laborales y de seguridad social, pero que se transcriben en su inglés original. En él, aparte las Leyes federales clásicas y más sonoras, siempre en versión consolidada (por ejemplo, la sindical de 1935, la de seguridad social de 1935, o la reguladora del salario mínimo y la jornada máxima de 1938), también se recopilan preceptos de otras sobre asuntos de mucha importancia práctica

(como las fiscales, allí donde gravan los salarios) e, incluso, preceptos de normas federales de la más rabiosa actualidad —cuya lectura estoy seguro de que excitará mucho la curiosidad del público jurídico-laboral europeo en general—, como la Ley de la intimidad de las comunicaciones electrónicas (*Electronic Communications Privacy Act*) de 1986, la Ley de no discriminación por información genética (*Genetic Information Nondiscrimination Act*) de 2008, la Primera Ley de respuesta a las familias por el coronavirus — Ley del subsidio de enfermedad de emergencia (*Families First Coronavirus Response Act — Emergengy Paid Sick Leave Act*) de 2020, o la Ley de auxilio a los trabajadores afectados por el coronavirus (*Relief For Workers Affected By Coronavirus Act*), asimismo de 2020.

Jesús Martínez Girón

Rudi MÜLLER-GLÖGE, Ulrich PREIS e Ingrid SCHMIDT (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2020), 3102 págs.

Dentro del abigarrado conjunto de «comentarios» de leyes laborales existente en Alemania, brilla con luz propia el «Comentario erfurtense sobre el Derecho del Trabajo», por muy diversas razones. Ante todo, por referirse al conjunto de leyes que integra el disperso ordenamiento jurídico laboral alemán, extendiendo así la técnica del tradicional comentario de una sola ley a una pluralidad de leyes, aunque comentando siempre cada una de ellas según la técnica tradicional del comentario, esto es, parágrafo por parágrafo. Además, a diferencia de los tradicionales comentarios de leyes, porque posee una denominación topográfica, dado que «erfurter» apunta a la ciudad alemana de Erfurt, que no es sólo la capital del Estado federado de Turingia, sino también y sobre todo la sede del Tribunal Federal de Trabajo (o en su acrónimo alemán, BAG), esto es, el órgano cúspide de la jurisdicción laboral alemana. Y por último, porque entre sus editores se cuenta la Sra. Ingrid SCHMIDT, que es la Presidenta actual del propio Tribunal Federal de Trabajo. Todo apunta a que este comentario goza de una especial autoridad (también, por causa de su carácter ideológicamente neutro, a pesar de ser el Derecho del Trabajo una disciplina profundamente ideologizada en todas partes), acreditando esta especial autoridad suya el hecho de su cita frecuente en las sentencias y autos del Tribunal Federal de Trabajo. A este respecto, acabo de efectuar una comprobación rápida, navegando en Internet en el sitio web del Tribunal Federal de Trabajo. Pues bien, el resultado de esta pesquisa es el de que esta vigésima edición del «Comentario erfurtense», salida al mercado editorial a comienzos del corriente año 2020, aparece ya citada en más de dos decenas de resoluciones judiciales suyas falladas en este mismo año, aplicando el método típicamente germánico, tan distinto del nuestro o del norteamericano, de cita de doctrina científica (por ejemplo, en la Sentencia de 29 septiembre 2020, referencia oficial 9 AZR 364/19, se le menciona en su marginal 23, indicando «vgl. hierzu ErfK/Gallner 20. Aufl.»).

En modo alguno extraña que se trate de un grueso volumen de más de tres mil páginas, escritas en apretado papel de biblia y utilizando un férreo sistema de abreviaturas, tan típicamente alemán. Ello se debe a que el elenco de leyes laborales alemanas por él comentadas es amplísimo. Entre las estructurales, se cuentan la venerable Ordenanza Industrial de 1869 (págs. 2009 a 2043), donde se regula el poder de dirección del empresario y la inspección de trabajo; múltiples parágrafos del Código Civil de 1896, incluidos los parágrafos 611 a 630 (págs. 1287 a 1804), que contienen el régimen jurídico vigente del contrato de trabajo; la Ley del salario mínimo de 2014 (págs. 2398 a 2421), en cuyo ámbito se despliega el diálogo social tan típicamente alemán, aparentemente inasumible en muchos países del sur de Europa; parte del Libro III del Código alemán de seguridad social (págs. 2582 a 2619), donde aparecen regulados los equivalentes alemanes de nuestros ahora mismo tan populares ERTes; la Ley de protección contra el despido de 1951 (págs. 2180 a 2397), donde se regula la extinción del contrato de trabajo por razones empresariales o disciplinarias, en empresas distintas de las pequeñas empresas; la Ley de organización de la empresa de 1972 (págs. 928 a 1286), reguladora de la representación unitaria de los trabajadores; la Ley del convenio colectivo de 1949 (págs. 2761 a 2847), que es quizá la tercera ley más linajuda del mundo occidental en materia de Derecho de la negociación colectiva; la Ley de prevención de riesgos laborales de 1996 (págs. 563 a 571), que trae causa —al igual que sucede en España— del Derecho comunitario sobre seguridad y salud laboral; y por supuesto, también la gigantesca Ley de tribunales de trabajo de 1953 (págs. 344 a 561), reguladora de la jurisdicción laboral alemana, desde el doble punto de vista —a diferencia de lo que sucede con nuestra Ley 36/2011— orgánico y procesal.

Aparte las habituales actualizaciones jurisprudenciales y doctrinales, esta vigésima edición del «Comentario erfurtense» aporta una novedad estructural, al incorporar el comentario de una norma que hasta el momento presente nunca había sido comentada. Se trata de la Ley del trabajo a domicilio (o en su acrónimo alemán, HAG) de 14 marzo 1951, periódicamente puesta al día por el legislador alemán, a pesar del hecho de que el ámbito subjetivo cubierto por la misma era más bien muy magro. Al respecto, advierte (en pág. 2044) que «la importancia de la HAG resulta tan pequeña que hasta ahora (hasta la 19ª ed.) no se explicaba autónomamente en este comentario» —recordando que «en sus principios básicos, el vigente Derecho del trabajo a domicilio es la base apropiada para la protección de

muchos realizadores de prestaciones económicamente (¡no personalmente!) dependientes»—, aunque «el trabajo a domicilio podría alcanzar una gran importancia práctica de cara al futuro, a la luz de una reciente decisión del BAG (14.6.2016 NZA 2016, 1453), en la que el Tribunal declaró aplicables las reglas sobre el trabajo a domicilio a un trabajador libre en el ámbito de la programación (en el caso concreto, el trabajador atendía el sistema de gestión de una empresa y desarrollaba software)», de manera que «de este modo, la HAG podría recibir un impulso (véase también *Giesen/Kersten Arbeit 4.0 2018*, págs. 107 y ss., 114 y ss.)», aunque advirtiendo igualmente que «en el mundo laboral digital, las diferencias entre trabajo dependiente y actividades análogas a las autónomas se difuminan (como en el caso del trabajo a domicilio)».

Iván Vizcaíno Ramos

REVISTA DE REVISTAS

[REVIEW OF REVIEWS]

- ***DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES, NÚM. 4 (2019)***

Mauricio CASTRO MÉNDEZ, «Modelos de representación colectiva. Comparación de varios países de Iberoamérica», págs. 411-439.

Sumario: «1. Introducción: los límites y las posibilidades del análisis comparado. 2. Encuadre metodológico. 3. Construcción tipológica y hallazgos. 4. Factores explicativos de cada modelo. 4.1. Legitimación política de las organizaciones sindicales como formas de ejercicio de la ciudadanía social. 4.2. El tratamiento del conflicto. 4.3. Los mecanismos de control y disciplinamiento sindical. 5. Análisis de los casos. 6. Valoración de los modelos de representación. 7. Implicaciones teóricas. Bibliografía».

- ***DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES, NÚM. 10 (2019)***

Simone VARVA y Belén del Mar LÓPEZ INSUA, «Plataformas digitales: una perspectiva comparada en los ordenamientos italiano y español», págs. 1008-1025.

Resumen: «El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ha propiciado la aparición de la denominada “economía de las plataformas” (o platform economy), la cual hace referencia a la actividad que se genera en torno a aplicaciones informáticas que ponen en contacto la oferta y la demanda en tiempo real. En torno a estas formas de trabajo se han planteado un fuerte debate jurisprudencial y doctrinal que afecta a toda la Unión Europea. Y es que, desgraciadamente, bajo este modelo de negocio aparecen auténticas relaciones laborales por cuenta ajena que se presentan con fórmulas de trabajo precario y de subempleo. Dicho conflicto no es ajeno a la nación italiana y española, en donde los constantes vaivenes jurisprudenciales están haciendo tambalear el sistema jurídico de garantías laborales, así como la misma noción de trabajo decente (en el sentido que establece el art. 23.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)».

- ***NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 218 (2019)***

Stefano CAIROLI, «¿Trabajo a distancia a la italiana? La definición del trabajo ágil en la ley y en los convenios colectivos: superposiciones, posibles distinciones y una primera comparación», págs. 153-176.

Resumen: «El análisis propuesto se refiere a la definición de "trabajo ágil" en la experiencia italiana de los convenios colectivos y de la Ley n. 81/2017. El estudio se centra en los requisitos del trabajo ágil y los requisitos de la prestación de trabajo ágil, evaluar su coherencia con otras disposiciones del Capítulo II de la Ley n. 81/2017, preguntándose sobre la compatibilidad con la experiencia colectiva previa. Se presta especial atención a la regulación del trabajo ágil en el sector público, así como a la distinción con el teletrabajo y a la comparación con las nociones de teletrabajo y trabajo a distancia en el ordenamiento español».

- ***NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 221 (2019)***

Francisco REQUEJO GUTIERREZ, «La prueba documental del estado civil en los procedimientos de seguridad social: normas de derecho interno e internacional», págs. 135-170.

Resumen: «Se trata de ver en este trabajo el valor probatorio que corresponde a los distintos tipos de documentos relativos al estado civil que se puedan presentar en los procedimientos administrativos de seguridad social. Y ello teniendo en cuenta, además, que no es infrecuente el que los documentos tengan un origen extranjero, y que atendiendo a esta circunstancia existen normas, tanto de carácter interno como internacional, que regulan la forma de poderles reconocer efectos, tal y como puede verse que sucede tras el reciente comienzo de la aplicación, a partir del 16 de febrero de 2019, del Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea».

- ***NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 225 (2019)***

María José CERVILLA GARZÓN, «¿Son exportables las prestaciones familiares no contributivas?: dimensión en el ámbito de la Unión Europea y de las relaciones bilaterales entre España y el Reino de Marruecos», págs. 203-240.

Resumen: «El presente estudio analiza la posibilidad de exportar las prestaciones familiares no contributivas del Sistema de Seguridad Social español a otros Estados que tienen una incidencia relevante en la producción de movimientos migratorios con España. Y ello porque, a pesar de lo previsto en la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a que están condicionadas al cumplimiento del requisito de la residencia de los solicitantes y los hijos causantes, hay normas internacionales de aplicación prioritaria, de origen comunitario o por la suscripción del Convenio de Seguridad Social con el Reino de Marruecos, que pueden incorporar reglas diferentes. Pondremos de manifiesto que así sucede, pues existen excepciones para los perceptores de pensiones del Sistema y, además, quedan reguladas de forma distinta cuestiones que pueden afectar a la movilidad de los extranjeros, cuales son el lugar de residencia de los hijos o la exigencia de alta para ser beneficiario. Por lo tanto, una cuestión que inicialmente parece de fácil resolución, se torna compleja por la necesaria aplicación de normas internacionales de diverso alcance y contenido, en cuya interpretación han intervenido los Tribunales en varias ocasiones. Esta situación demanda una reforma, tanto de la Ley General de la Seguridad Social como del Convenio de Seguridad Social hispano-marroquí».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 18 (2019)**

Holger BRECHT-HEITZMANN, «Las fuentes normativas del derecho Alemán de la Seguridad Social», págs. 199-208.

Resumen: «El artículo ofrece una visión general del Derecho alemán de la Seguridad Social y de la doctrina científica complementaria que lo comenta. En primer lugar, se listan las diferentes fuentes normativas y su relación recíproca. Sigue una exposición de las normas jurídicas más importantes del Derecho de la Seguridad Social, que se clasifican según la sistematización más común en Alemania en los ámbitos de protección ordinaria de seguridad social, reparación extraordinaria de seguridad social,

así como la asistencia social y la promoción social. Finalmente, se tratan las normas procesales del Derecho de la Seguridad Social».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 19 (2019)**

Mário SILVEIRO DE BARROS, «La Seguridad Social Complementaria en Portugal», págs. 219-230.

Resumen: «Este trabajo analiza las cuatro instituciones que integran la seguridad social complementaria en Portugal. La primera son los denominados regímenes complementarios de iniciativa colectiva, que es el término jurídico portugués relativo a los planes y fondos privados de pensiones. La segunda es el denominado régimen público de capitalización, que es una especie concreta de dichos planes y fondos de pensiones. La tercera es el denominado régimen de seguro social voluntario, estipulado por un potencial beneficiario con la Administración portuguesa de seguridad social. Y la última, las mejoras de seguridad social creadas por convenio colectivo».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 20 (2019)**

Alberto ARUFE VARELA, «El Caso CNH Industrial N.V. v. Reese (2018). La Última Palabra de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Mejoras Voluntarias de Seguridad Social Creadas por Convenio Colectivo», págs. 185-192.

Resumen: «El reciente caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos a que se refiere este trabajo posee un gran interés comparatista, en lo esencial, por dos razones. De un lado, porque reconoce que un convenio colectivo puede crear derechos irrevocables sobre mejoras de seguridad social. De otro lado, si el convenio colectivo calla sobre el tema, porque excluye que pueda aplicarse por los tribunales una presunción general de existencia de derechos irrevocables sobre mejoras de seguridad social».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 21 (2019)**

Verónica Lidia MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «Los límites de la justiciabilidad de los derechos de seguridad social en México», págs. 173-197.

Resumen: «A partir del concepto de justiciabilidad, en este trabajo se analizan los principales obstáculos para acceder en México a las prestaciones contenidas en los ordenamientos de seguridad social como resultado de la ineficacia de las normas de seguridad social y de la aplicación de la normatividad laboral al ámbito de la seguridad social. Fundamental fue la consulta de las reformas laborales de 2012 y 2019 que impactan en el ámbito de la seguridad social. Desde el punto de vista metodológico, la investigación requirió de la consulta de fuentes especializadas en derecho laboral, derecho laboral burocrático, derecho de la seguridad social y teoría del derecho, las que al amparo de los métodos deductivo y comparado, nos permitieron ofrecer algunas propuestas de solución tendientes a superar los inconvenientes de la normatividad en materia de seguridad social y la superación de la anomia y la falta de autonomía jurisdiccional en la resolución de los conflictos de seguridad social».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 21 (2019)**

Diana Lisbeth ORTEGA SUESCUN, «El movimiento pendular de la estabilidad laboral reforzada por salud en Colombia y España», págs. 199-215.

Resumen: «El conflicto entre la estabilidad laboral reforzada por salud del trabajador y el derecho al rendimiento empresarial se agudiza cuando el trabajador es despedido. España y Colombia no tienen una solución por la ausencia de normas al respecto y la vigencia de otras descontextualizadas, razón por la que se acude a la justicia. Los tribunales españoles consideran que la incapacidad de larga duración no constituye una discapacidad, dando efecto de improcedente a la decisión; los tribunales colombianos acceden al despido del trabajador dado de baja, cuando la empresa tiene una justa causa y sigue el debido proceso. El Tribunal de

Justicia de la Unión Europea abre un nuevo sendero jurídico, considerando la inclusión del trabajador enfermo de larga duración como una discapacidad y el despido en estas condiciones es discriminatorio».

- **REVISTA DE DERECHO SOCIAL, NÚM. 85 (2019)**

Elena GRAMANO, «Contribución al debate sobre trabajo y “gig-economy” a la luz del ordenamiento jurídico italiano», págs. 213-232.

Sumario: «1. Introducción. 2. El fenómeno del trabajo a través de las plataformas digitales: algunas observaciones sobre las disposiciones contractuales comúnmente adoptadas. 3. El caso *Asociación Profesional Elite Taxi vs. Uber Systems Spain SL* ante el TJUE atención, UBER France SAS. 4. Una posible respuesta italiana. 4.1. La evolución jurisprudencial del concepto de subordinación: la importancia del índice de inherencia de la actividad laboral al objeto social. 4.2. La subsistencia de la obligación de llevar a cabo la prestación laboral. 5. Conclusiones».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 52 (2019)**

Rocío GALLEGO LOSADA, «Los derechos sociales de los ciudadanos de la Unión Europea y del Reino Unido. Libre circulación de los trabajadores y seguridad social tras el Brexit», págs. 92-135.

Resumen: «Este artículo analiza el impacto de la salida del Reino Unido de la Unión Europea (Brexit) en los derechos sociales de los ciudadanos europeos. En concreto, se exponen las consecuencias que tendrá la aplicación del mecanismo de retirada previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea sobre la libre circulación de trabajadores y la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, incluyendo el ámbito de las pensiones públicas y privadas y el ámbito sanitario. Aunque el análisis se realiza comparando la situación de los ciudadanos británicos y los del resto de la Unión, el artículo presta un especial interés al caso español, debido al fuerte impacto que tiene el Brexit en España y en sus ciudadanos. Asimismo, el artículo explica las distintas opciones de relación futura entre la Unión Europea y el Reino Unido agrupándolas en las opciones más cercanas a un Brexit sin acuerdo y las opciones relacionadas con un Brexit

blando, pero con un alto grado de cooperación. Esto último es relevante no sólo para el caso del Reino Unido, sino que también puede servir de referencia por si en el futuro algún otro país comunitario decide salir de la Unión Europea».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 52 (2019)***

Riccardo MARAGA, «El marco jurídico del contrato de empleo de duración determinada en Italia después del “Decreto Dignidad”», págs. 550-561.

Resumen: «El marco jurídico del contrato de empleo de duración determinada ha estado sujeto, en el ordenamiento jurídico italiano, a un número considerable de intervenciones reguladoras destinadas, a veces, a una mayor flexibilidad y, a veces, a desalentar la utilización de este tipo de contrato. Después el marco jurídico de máxima liberalización del contrato de empleo de duración determinada, que entró en vigor en 2014, el "Decreto Dignidad", recientemente aprobado por el Gobierno y convertido en ley por el Parlamento, modificó una vez más el marco jurídico del contrato de empleo de duración determinada, retrasando el reloj a la disciplina legal de 2012. La intervención reguladora, de hecho, reintroduce la necesidad de indicar en el contrato la razón por la cual el término es necesario, allanando el camino para una nueva temporada de posibles litigios ante los Tribunales laborales. Además, se reducen la duración máxima del contrato y el número de posibles prórrogas. La intención de la reforma es, por supuesto, desalentar el uso del trabajo temporal a favor del contrato permanente y, por lo tanto, reducir la precariedad. Aunque el objetivo perseguido se puede compartir de manera abstracta, desde el punto de vista de la implementación concreta, el Decreto Dignidad corre el riesgo de desalentar nuevas contrataciones o favorecer un turn-over continuo de trabajadores, ya que permanece intacta la posibilidad de celebrar un contrato de duración determinada por un período de hasta doce meses sin indicación de las razones de la duración determinada».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 52 (2019)***

Carlos REYNOSO CASTILLO, «Nuevas normas laborales internacionales en Mexico», págs. 563-587.

Resumen: «Este trabajo presenta un panorama general de los cambios recientes al sistema jurídico mexicano; de manera particular se estudia como las normas internacionales recientemente aprobadas en México están influyendo el Derecho del trabajo en este país».

• ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 53 (2019)***

Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, «Tendencias de los regímenes de pensiones en América Latina. Segunda década del siglo XXI», págs. 654-674.

Resumen: «En el trabajo se parte de considerar que la seguridad social es gravemente deficitaria en la América Latina, no sólo por su baja cobertura, sino porque, en general las prestaciones son insuficientes, los pagos suelen ser tardíos y algunas contingencias no están adecuadamente cubiertas. Esta situación precaria crea un círculo vicioso: la precariedad se debe en buena parte a la baja cobertura, pero al mismo tiempo desincentiva la afiliación. Se observa como en los recientes años se han alcanzado importantes éxitos en aspectos como la disminución de la pobreza y mejoras en la salud, pero que, sin embargo, ello no ha comportado un aumento proporcional de la cobertura de la seguridad social. En materia de pensiones y ante las deficiencias del modelo tradicional de reparto, algunos sectores, especialmente empresariales, con el apoyo de los organismos financieros internacionales han promovido los sistemas de financiamiento individual en los cuales cada trabajador financia y crea un fondo particular, administrado por entidades privadas previamente autorizadas, las cuales invierten dichos fondos en los mercados financieros y otorgan a los beneficiarios una pensión en su vejez, cuyo monto no está previamente definido sino que se determina en función de los resultados de la inversión, de manera que tanto el costo del sistema como sus riesgos se trasladan al trabajador. Ello ha generado una serie de críticas a los sistemas privados, los cuales, por otra parte, han sido promovidos intensamente por sus propulsores. Esta controversia ha determinado que la alternativa entre solidaridad o financiamiento individual sea el gran tema del debate sobre seguridad social en América Latina. El autor examina las bondades y defectos de los

sistemas de reparto y de financiamiento individual y concluye que la necesidad de superar las deficiencias del sistema tradicional, no puede llevar a dejar a un lado la finalidad esencial de un sistema de pensiones, la cual es lograr que la generalidad de las personas de la tercera edad de una determinada sociedad pueda obtener, de una manera viable y permanente, los recursos necesarios para vivir una vejez digna., de manera que si un sistema de pensiones no cumple tal finalidad, no será adecuado, así constituya un elemento importante para el crecimiento económico».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 54 (2019)***

Sébastien TOURNAUX, «La construcción de un derecho a la desconexión en el sector público francés», págs. 117-137.

Resumen: «La Ley n.º 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, instituyó el derecho a la desconexión en beneficio de los empleados del sector privado. Los convenios colectivos celebrados a nivel de establecimiento o de empresa, así como las cartas de las grandes empresas, ya han establecido medidas que permiten a los empleados desconectarse de las herramientas digitales fuera de su horario de trabajo. La ley no es muy coercitiva y deja mucho margen de maniobra a los interlocutores sociales. La única obligación real es entablar negociaciones de desconexión, pero el contenido del acuerdo no es vinculante en modo alguno, y puede incluir medidas "blandas", de información o a modo de incentivos, o medidas más estrictas de obligación o prohibición. A falta de acuerdo, se tratará de una medida unilateral del empleador que tendrá que aplicar el derecho a la desconexión, sin que la ley lo vincule más que los interlocutores sociales. Algunos sectores públicos industriales o comerciales están directamente sujetos a esta ley, pero, en su mayor parte, los servicios públicos franceses todavía no tienen que respetar la obligación de negociar sobre el derecho a la desconexión. Varios obstáculos jurídicos (no aplicación de la ley del empleo asalariado a la función pública, carácter marginal de la negociación colectiva en la función pública, etc.) o sociológicos (separación entre la vida privada y la vida profesional tradicionalmente menos garantizada para los funcionarios públicos, desarrollo posterior del teletrabajo, etc.) explican el retraso en la extensión del derecho a la desconexión en el sector público. Estos obstáculos podrían superarse pronto, ya que se está preparando un proyecto de ley de reforma de la función pública (la aprobación de la ley

está prevista antes del verano de 2019) y se ha anunciado la integración del derecho a la separación de los funcionarios públicos, aunque no se conocen las modalidades previstas hasta la fecha. Al igual que en el sector privado antes de la ley de 2016, algunas administraciones (Ciudad de París, Universidad de Tours, etc.) no esperaron a que la ley adoptara cartas para garantizar a los funcionarios el derecho a la desconexión, lo que permite imaginar cuáles serán los contornos del futuro derecho a desconectar a los funcionarios públicos».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 54 (2019)***

Antonio SÁNCHEZ BAYÓN, «Retos jurídico-sociales relativos al fin de recursos humanos y la emergencia del talento», págs. 424-440.

Resumen: «Se ofrece en este artículo una revisión crítica del conocimiento disponible en el área de Recursos Humanos (RR.HH.), y su tratamiento jurídico-social, al transitar de su fin a la emergencia del talento en la posglobalización. Se pretende hacer balance y diagnosticar el estado de la cuestión, además de contrastar sus contenidos entre sí y con la realidad subyacente. También se busca pronosticar sobre sus tendencias y si se alinean con Horizonte 2030 (Pacto mundial de ONU y demás iniciativas internacionales de convergencia). A la postre, se espera aclarar cómo se transita del modelo de RR.HH. de trabajadores replicantes en organizaciones burocráticas de economía de bienestar, al modelo de desarrollo del talento de colaboradores creativos en organizaciones ágiles de economía gig (colaborativa, circular, autónoma y naranja)».

- ***TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 149 (2019)***

Paolo PIZZUTI, «Uniones civiles y relación laboral en el ordenamiento italiano», págs. 125-146.

Resumen: «Con la entrada en vigor de la ley n.º 76 de 20 de mayo de 2016, (la llamada ley Cirinnà) se introdujo en el sistema italiano el instituto de las uniones civiles, un modelo jurídico similar pero distinto del matrimonio, con el que se regulan los vínculos homoafectivos. La finalidad

del presente trabajo es analizar el impacto de las nuevas reglas en la situación de los trabajadores por cuenta ajena, con especial atención a los efectos derivados de la extensión, a las parejas unidas civilmente, de los derechos ya reconocidos a los cónyuges unidos en matrimonio».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 51 (2019)***

María Cristina Aguilar González, «El principio de “condizionalità” y la aplicación efectiva de la coordinación entre políticas activas y pasivas de empleo en Derecho italiano y español», págs. 29-47.

Resumen: «Desde el fundamento constitucional del derecho al trabajo, la vinculación entre políticas activas y pasivas de empleo en los ordenamientos jurídicos italiano y español nos lleva a abordar la condizionalità y reflexionar en torno a sus diversas manifestaciones, en especial la activación de las personas desempleadas como «condición» necesaria para el mantenimiento del derecho a percibir una ayuda de tipo económico. La «mejora de la empleabilidad» se erige en fundamento exigible en un sistema público de protección a los «no empleados», mediante medidas y programas de fomento del empleo, de carácter extraordinario dada la prolongación en el tiempo de tal situación, en el que la descentralización territorial y competencial en la gestión del empleo, las reformas normativas inacabadas, y la exigencia de responsabilidades dotan de complejidad a la ejecución del alineamiento entre ammortizzatori sociali y políticas activas de empleo».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 60 (2019)***

Maria Teresa CARINCI, «El rediseño constitucional de la tutela contra el despido individual en Italia», págs. 14-30.

Sumario: «La Corte Constitucional italiana con la Sentencia N.º 194/2018 declaró inconstitucional las modalidades de cálculo de la indemnización económica, directamente relacionadas con el tiempo de servicios del trabajador prevista para el despido injustificado por la denominada «Jobs Act», D. leg. 23/2015, por contraposición con los

artículos 3, 4, 35, 76 y 117 de la Constitución, en relación con el artículo 24 de la Carta Social Europea; reafirmando en señalar que el principio de justificación necesaria para el despido tiene base constitucional —en cuanto expresión del principio fundamental de tutela del trabajo del artículo 4 de la Constitución— mientras que la tutela resarcitoria calculada de manera rígida y predeterminada no la tiene. Dicho pronunciamiento está destinado a tener efectos significativos en todo el sistema de protección contra el despido, como consecuencia de ello, los trabajadores comprendidos en la «Job Act» disponen de tutelas económicas más beneficiosas que aquellos sujetos al artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. Derivándose de ello una violación flagrante del principio de igualdad, lo que requeriría una intervención legislativa para la reorganización general del referido sistema».