

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 laboristas 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 párrafo 611a del Código Civil ofrece un nuevo punto de apoyo para colocar las respuestas negativas tradicionales en situación de reexamen.

El párrafo 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 la 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 a 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 supedita 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 Literaturoberrwertung*, 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 parágrafo 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 parágrafo 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.