La laboralización de los trabajadores al servicio de plataformas digitales por la jurisprudencia, en Alemania. Un estudio comparado con el derecho español[1]

The laborisation of workers at the service of digital platforms by jurisprudence, in Germany. A study compared to Spanish law

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN *Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Facultad de Derecho - Universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0002-3228-4242

Cita sugerida: MARTÍNEZ GIRÓN, J., "La laboralización de los trabajadores al servicio de plataformas digitales por la jurisprudencia, en Alemania. Un estudio comparado con el derecho español". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 1 (2021)*: 181-193.

Resumen

Una Sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal alemán de Trabajo de 1 diciembre 2020 ha considerado trabajador asalariado a un «crowdworker», contratado como trabajador autónomo por una plataforma digital. Este trabajo analiza dicha Sentencia, comparándola con la Sentencia coetánea del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo de 20 septiembre 2020, relativa a un «rider» de Glovo. El estudio concluye que este nuevo tipo de trabajo «en enjambre» digital encaja en la vieja modalidad contractual del «trabajo en común», regulada en España hace ahora noventa años.

Palabras clave

Alemania; «Crowdworker»; Derecho comparado del Trabajo; «Rider»; Tribunal Federal de Trabajo

Abstract

A Sentence of the Ninth Chamber of the German Federal Labour Court of December 1, 2020 considered a salaried worker a "*crowdworker*", hired as a self-employed worker by a digital platform. This paper analyses said Sentence, comparing it with the contemporary Sentence of the Plenary of the Social Chamber of our Supreme Court of September 20, 2020, relating to a Glovo "*rider*". The study concludes that this new type of digital "crowd" work fits into the old contractual modality of "common work", regulated in Spain ninety years ago.

Keywords

Germany; Comparative Labor Law; Federal Labour Court

1. LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO SOBRE TRABAJADORES AL SERVICIO DE PLATAFORMAS DIGITALES. UNA SENTENCIA DE SU SALA NOVENA, NO DE SU SALA GENERAL

En materia de trabajadores al servicio de plataformas digitales[2], el precedente judicial alemán es una reciente Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht* o, en su acrónimo oficial, BAG) de 1 diciembre 2020[3], prácticamente coetánea del precedente judicial español sobre el mismo tema, que es la conocida Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-100, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.
[2] Este trabajo ha sido realizado al amparo del proyecto estatal de investigación PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.
[3] Referencia oficial 9 AZR 102/20. Su texto íntegro puede consultarse en el sitio en Internet del Tribunal Federal de Trabajo, ubicado en www.bundesarbeitsgericht.de, vía «*Entscheidungen*». Fuera de Alemania, la existencia de esta resolución judicial fue rápidamente noticiada por la doctrina italiana. Véase, refiriéndose al comunicado de prensa emitido por el Tribunal Federal de Trabajo, NOGLER, Luca, «La Corte federale del lavoro tedesca risolve il rompicapo della qualificazione dei lavoratori delle piattaforme», *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 4ª cuestión, núm. 168 (2020), págs. 835 y ss.

Fecha Recepción: 17-1-2021 - Fecha Revisión: 8-3-2021 - Fecha Aceptación: 16-3-2021
Pags. 181-193

nuestro Tribunal Supremo de 20 septiembre 2020, resolutoria de un recurso de casación para la unificación de doctrina[4]. Se trata de una Sentencia dictada por la Sala Novena (*Neunter Senat*) del Tribunal Federal de Trabajo, la cual -según el Plan de reparto de asuntos entre las diez Salas de que se compone dicho Tribunal, vigente en aquel momento[5]- era competente, entre otras muchas cosas, para resolver recursos en materia de «creación de la relación laboral»[6], de «existencia de la relación laboral»[7] o sobre «estatus del trabajador»[8]. Resolvió un recurso ordinario de casación (según la Ley reguladora de la jurisdicción laboral alemana[9], una «*Revision*»)[10], carente -en principio- de cualquier tipo de trascendencia jurídica extraordinaria. Esto explica que dicha Sala Novena no remitiese el asunto a la Sala General (*Großer Senat*) del propio Tribunal Federal de Trabajo, dada la falta de encaje del mismo en las previsiones legales que justifican la actuación, siempre extraordinaria, de la Sala General del Tribunal Federal de Trabajo. En efecto, sobre esta última, el parágrafo 45 de la Ley reguladora de la jurisdicción laboral alemana[11] afirma lo siguiente: 1) «la Sala General decide cuando una Sala quiere apartarse en una cuestión jurídica de la decisión de otra Sala o de la Sala General»[12]; 2) «la Sala actuante puede plantear a la Sala General para su decisión una cuestión de significado general, cuando en su opinión es necesario para el perfeccionamiento del Derecho o para el afianzamiento de una jurisprudencia unificada»[13]; y 3) la decisión de la Sala General -siempre por Auto (*Beschluß*)- «es vinculante en el caso en cuestión para la Sala actuante»[14].

2. LAS PARTES LITIGANTES EN EL CASO RESUELTO POR LA SENTENCIA. UN «*CROWDWORKER*» DIGITAL, NO UN «*RIDER*» O UN «*DRIVER*» DIGITALES

Para referirse al trabajador demandante (que era, además, la parte recurrente en casación), la Sentencia utiliza repetidamente el barbarismo inglés «*crowdworker*»[15], sin ofrecer ninguna traducción -ni siquiera aproximada- del mismo, e interiorizando dicho vocablo hasta el punto incluso de utilizarlo como una palabra invariable por razón del número (en consecuencia, el «*crowdworker*» y los «*crowdworker*», pero en absoluto los «*crowdworkers*»), con evidente asimilación del vocablo en cuestión a la palabra alemana «trabajador», que también es invariable por razón del número, en la lengua alemana (el «*Arbeitnehmer*», los «*Arbeitnehmer*»). En esto no hay sorpresa, pues el «Comentario Erfurtense» sobre Derecho alemán del Trabajo (esto es, el comentario más ideológicamente neutro de las principales leyes laborales alemanas, patrocinado por

[4] *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2020/5169.

[5] Esto es, el «*Geschäftsvertellungsplan*» de 1 enero 2020. Todos estos Planes pueden consultarse en el sitio en Internet ya citado del Tribunal Federal de Trabajo.

[6] Textualmente, «*Begründung eines Arbeitsverhältnisses*».

[7] Textualmente, «*Bestehen eines Arbeitsverhältnisses*».

[8] Textualmente, «*Arbeitnehmerstatus*».

[9] Esto es, la Ley del Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz* o, en su acrónimo oficial, ArbGG) de 3 septiembre 1953, últimamente enmendada por Ley de 12 junio 2020. Su versión consolidada vigente, en www.gesetze-im-internet.de. Sobre ella, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 87 y ss. (estudio comparado), y 242 y ss. (traducción castellana).

[10] Cfr. sus parágrafos 72 y ss.

[11] Comentándolo, desde una perspectiva práctica, véase DÜWELL, Franz Josef y LIPKE, Gert-Albert (Editores), *ArbGG Kommentar*, 5ª ed., Luchterhand (Múnich, 2019), §53.

[12] Apartado 2. Textualmente, «*Der Große Senat entscheidet, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats oder des Großen Senats abweichen will*».

[13] Apartado 4. Textualmente, «*Der erkennende Senat kann eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat zur Entscheidung vorlegen, wenn das nach seiner Auffassung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist*».

[14] Apartado 7, inciso tercero. Textualmente, «*Seine Entscheidung ist in der vorliegenden Sache für den erkennenden Senat bindend*».

[15] Cfr., por ejemplo, marginales 2, 3, 7, 12, 36, 48, 49 ó 54

el propio Tribunal Federal de Trabajo)[16] incluye en su detallado índice tópico, como si fuese un tópico jurídico-laboral alemán más, la palabra «*crowdworking*»[17]. En lo que sí hay sorpresa, en cambio, es en el concreto tipo de trabajo que el «*crowdworker*» litigante realizaba. En efecto, la doctrina científica laboralista alemana venía sosteniendo tradicional y teóricamente la existencia de dos tipos distintos de trabajadores al servicio de plataformas digitales, según que el trabajo contratado y desarrollado por los mismos fuese, bien trabajo *offline* (como el de los «*riders*», transportistas-repartidores de cosas, o el de los «*drivers*», transportistas de personas, a desarrollarse en la realidad física), bien trabajo *online* (a desarrollarse, por el contrario, en la realidad virtual), reservando la palabra «*crowdworker*» para calificar este segundo tipo de trabajadores en línea[18]. Pero esta prospección doctrinal no aparece confirmada por la Sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo, en la que se califica como «*crowdworker*» al trabajador de autos, a pesar de que el mismo realizaba su trabajo (que nada tenía que ver ni con el transporte de cosas o personas, ni tampoco con el reparto de mercancías) en plena realidad física e, incluso, al aire libre. Lo describe con claridad la Sentencia, al referirse al empresario demandado (luego recurrido en casación), en los siguientes términos literales: «La demandada es una de las denominadas "empresas de *crowdsourcing*", que ofrece, entre otras cosas, el control de la presentación de productos de marca en el comercio minorista y en gasolineras. Opera una plataforma en línea, sobre la que desglosa los pedidos de sus clientes en un gran número de pequeños pedidos individuales ("microtrabajos") para transmitirlos a los denominados "*crowdworker*", que llevan a cabo los correspondientes controles, a cambio de una retribución»[19]. Más adelante, la Sentencia aclara -sobre la base de que «dichos pedidos podían ser, por ejemplo, sacar una foto de un estante de productos o responder un par de preguntas en una valla publicitaria de una parada de autobús»[20]- que el trabajador realizaba («en una semana de cinco días») una media de «12,5 pedidos al día»[21], lo que suponía una carga de trabajo muy inferior a la del prototípico «*rider*» español (según la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, antes citada, el «*rider*» de dicho caso venía a realizar, siempre sobre la base de una semana de trabajo de cinco días, una media diaria de alrededor de 30 repartos[22], también calificados como «recados, pedidos o microtareas»[23]), percibiendo una remuneración promedio anual (de casi 21.000 euros)[24] significativamente superior a

[16] Sobre él, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «El género doctrinal "comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009), págs. 5 y ss.

[17] Véase MÜLLER-GLÖGE, Rudi, PREIS, Ulrich y SCHMIDT, Ingrid (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2020), pág. 3049. En el Derecho austriaco del Trabajo, sucede lo mismo. Al respecto, véase LÖSCHNIGG, Günther y MELZER-AZODANLOO, Nora, «El trabajo en plataformas en Austria – Un bosquejo de problemas jurídico-laborales», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XII (2020), págs. 73 y ss.

[18] Al respecto, con abundante cita de doctrina científica laboralista alemana, véase BRECHT-HEITZMANN, Holger y MEYER, Uwe, «El impacto sobre el trabajo de la economía digital en Alemania», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XII (2020), págs. 21 y ss.

[19] Marginal 2. Textualmente, «*Die Beklagte ist ein sog. „Crowdsourcing-Unternehmen", das ua. die Kontrolle der Präsentation von Markenprodukten im Einzelhandel und an Tank-stellen anbietet. Sie betreibt eine Online-Plattform, über die sie die Aufträge ihrer Kunden, in eine Vielzahl einzelner Kleinstaufträge („Mikrojobs") zergliedert, an sog. „Crowdworker" vermittelt, die für sie gegen Bezahlung die entsprechenden Kontrollen durchführen*».

[20] Marginal 4. Textualmente, «*Derartige Aufträge könnten zum Beispiel sein, ein Foto von einem Produkt-Regal zu machen oder ein paar Fragen über ein Reklame-Poster an einer Bushaltestelle zu beantworten*».

[21] Cfr. marginal 75.

[22] Tomando como bases de cálculo, de un lado, el hecho de que «el precio del 'glovo sencillo' que abonaba el cliente era de 2,75 euros, de los cuales el repartidor percibía 2,50 euros» (cfr. Antecedente de Hecho segundo-quinto); y de otro lado, el dato de que «en el periodo comprendido entre octubre de 2016 y octubre de 2017 el trabajador percibió cantidades dispares por la realización de recados o 'glovos' en los términos que se reflejan en las facturas aportadas por ambas partes al procedimiento, totalizando la suma de lo percibido durante en ese año 18.184,08 euros» (*ibidem*).

[23] Cfr. Antecedente de Hecho segundo-primero y Fundamento de Derecho decimosexto, apartado 2.

[24] Sobre una base promedio de cálculo de «1749,34» euros mensuales (cfr. marginales 3 y 11).

la que percibía el «*rider*» español (según la propia Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social, la suma de lo por él percibido durante un año totalizaba «18.184,08 euros»)[25].

3. LOS ANTECEDENTES PROCESALES DE LA SENTENCIA. LA DECLARACIÓN DE INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL, EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIAS

Según consta probado en la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, el «*crowdworker*» planteó su demanda por despido (en la que la pretensión principal era la de que «se declare que entre las partes existe una relación laboral por tiempo indefinido»)[26], en primera instancia, ante un Tribunal de Trabajo de Múnich, la cual fue desestimada íntegramente por Sentencia de dicho Tribunal de 20 febrero 2019[27]. Su apelación (en alemán, «*Berufung*»)[28] fue igualmente desestimada por Sentencia del Tribunal de Trabajo de Estado federado de Baviera, en su sede de Múnich, de 4 diciembre 2019[29], aunque -precisamente por tratarse de un recurso ordinario (no extraordinario, como nuestra suplicación) y, consecuentemente, de una verdadera segunda instancia- pudo plantearse y debatirse en él una cuestión nueva, no suscitada en la primera instancia. En efecto, frente al despido ineficaz originariamente practicado por la empresa (al haberlo notificado al «*crowdworker*» por correo-e[30], violando así la prohibición del parágrafo 623 del Código Civil alemán, según el cual «la forma electrónica [para despedir] queda excluida»[31]), la propia empresa volvió a practicar un nuevo despido durante la tramitación de la apelación, cuya eficacia se discutió en la vista oral de la misma[32]. Ahora bien, el Tribunal laboral de segunda instancia volvió a desestimar nuevamente las pretensiones del trabajador, afirmando la Sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo que «el Tribunal de Trabajo de Estado federado ha desestimado el recurso de apelación del demandante»[33], y además, que «con el recurso de casación admitido por el Tribunal Federal de Trabajo, el demandante reitera lo solicitado en su demanda»[34]. Como curiosidad, apuntaré que entre la Sentencia del Tribunal de Trabajo de primera instancia y la de la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo transcurrió un lapso de tiempo (a pesar de entrometerse un recurso de apelación, un año antes del estallido de la pandemia) de poco menos de dos años (exactamente, tres días menos), prácticamente el mismo tiempo transcurrido -si es que se toma como término de comparación el caso del «*rider*» español- entre la fecha de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid (3 septiembre 2018) y la del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo (recuérdese, 25 septiembre 2020).

[25] Cfr. Antecedente de Hecho segundo-quinto.

[26] Marginal 11, núm. 1, medio-inciso primero. Textualmente, «*festzustellen, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht*».

[27] Referencia oficial 19 Ca 6915/18.

[28] Aparece regulada en los parágrafos 64 y siguientes de la citada Ley de la jurisdicción laboral alemana de 1953. Comentándolos, véase DÜWELL, Franz Josef y LIPKE, Gert-Albert (Editores), *ArbGG Kommentar*, 5ª ed., cit., §§64 y ss.

[29] Referencia oficial 8 Sa 146/19.

[30] Cfr. marginales 8 y 56 de la Sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo.

[31] Medio-inciso segundo. Textualmente, «*die elektronische Form ist ausgeschlossen*». Con todo lujo de detalles al respecto, véase MÜLLER-GLÖGE, Rudi, PREIS, Ulrich y SCHMIDT, Ingrid (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., cit., págs. 1707 y ss.

[32] Cfr. marginales 57 y ss. de la Sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo, concluyendo que «con su [ulterior] escrito de denuncia extintiva, la demandada también ha respetado la forma escrita del parágrafo 623 del C[ódigo]C[ivil]» (marginal 61). Textualmente, «*Die Beklagte hat durch die Schriftsatzkündigung auch die Schriftform des § 623 BGB gewahrt*».

[33] Marginal 13, inciso segundo. Textualmente, «*Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen*».

[34] *Ibidem*, inciso tercero. Textualmente, «*Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter*».

4. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES LITIGANTES EN EL CASO RESUELTO POR LA SENTENCIA. LA INEXISTENCIA DE DEPENDENCIA PERSONAL, SEGÚN LA EMPRESA DE «*CROWDSOURCING*» DIGITAL

Como es lógico, el empresario demandado defendió en casación lo mismo que había sostenido en primera y segunda instancias, argumentando -para sostener la inexistencia de dependencia personal (nosotros, en España, hablaríamos de dependencia «jurídica»)[35] y, consecuentemente, la inexistencia de relación laboral- todo lo siguiente: 1) «sostiene la opinión de que el demandante, en cuanto que *crowdworker*, era un empresario autónomo»[36]; 2) «podía organizar libremente su actividad en lo esencial»[37]; 3) «las especificaciones para la adjudicación de los pedidos se debían exclusivamente a los pedidos de sus clientes»[38]; 4) «podía determinar autónomamente el orden cronológico de ejecución de un pedido, a cuya aceptación el demandante no estaba obligado»[39]; y 5) «el demandante tenía incluso el derecho de cancelar en cualquier momento un pedido aceptado, sin sanciones y sin declaración del concreto motivo»[40], constando que «hizo uso de la función de cancelación establecida en la App puesta a su disposición en 17 ocasiones»[41], por lo que «la única consecuencia de la no realización correcta o puntual de un pedido fue la de que no se pagó ninguna remuneración»[42]. Por su parte, al «*crowdworker*» parecía inquietarle cierta cláusula del contrato por él suscrito con el titular de la plataforma digital (llamado «acuerdo básico [*Basis-Vereinbarung*]»), relativa a que «el contratista tiene derecho a utilizar sus propios empleados para el cumplimiento del pedido o a subcontratar los pedidos»[43], a cuyo efecto razonaba que dicha posibilidad existía sólo «teóricamente», pues «para obtener y realizar los pedidos, dependía del uso de la App»[44], de manera que «la cuenta de usuario existente para ello era intransferible, lo que finalmente le obligaba a la prestación personal de los servicios»[45]. El contrato suscrito con su plataforma digital empleadora por el «*rider*» español presentaba muchas similitudes con el citado contrato del «*crowdworker*» alemán (por ejemplo, según consta probado en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, «podía rechazar un pedido a media ejecución sin sufrir penalización alguna»[46], afirmándose incluso que «de hecho el actor rechazó pedidos previamente aceptados en ocho ocasiones durante el periodo comprendido entre los meses de julio y octubre de 2017 … sin sufrir ninguna consecuencia desfavorable y sin que se rebajara su puntuación por este motivo»[47]), aunque aparentemente no constase en su contrato la

[35] Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2016), págs. 47 y ss.

[36] Marginal 12, inciso segundo. Textualmente, «*Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger sei als Crowdworker selbständiger Unternehmer gewesen*».

[37] *Ibidem*, inciso tercero. Textualmente, «*Er habe seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten können*».

[38] *Ibidem*, inciso cuarto. Textualmente, «*Vorgaben bei der Vergabe der Aufträge seien ausschließlich den Aufträgen ihrer Kunden geschuldet gewesen*».

[39] *Ibidem*, inciso quinto. Textualmente, «*Die zeitliche Reihenfolge der Abwicklung eines Auftrags, zu dessen Annahme der Kläger nicht verpflichtet gewesen sei, habe er selbständig festlegen können*».

[40] *Ibidem*, inciso sexto. Textualmente, «*Der Kläger habe sogar das Recht gehabt, einen angenom-menen Auftrag ohne Sanktionen und ohne Benennung eines besonderen Grundes jederzeit abzubrechen*».

[41] *Ibidem*, inciso séptimo. Textualmente, «*Von der in der zur Verfügung gestellten App eingerichteten Abbruchfunktion habe er in 17 Fällen Gebrauch gemacht*».

[42] *Ibidem*, inciso octavo. Textualmente, «*Einzige Folge der nicht korrekten oder nicht pünktlichen Durchführung eines Auftrags habe darin bestanden, dass keine Vergütung gezahlt worden sei*».

[43] Cfr. marginal 3. Textualmente, «*Der Auftragnehmer ist berechtigt zur Erfüllung des Auftrags eigene Mitarbeiter einzusetzen oder Unteraufträge zu erteilen*».

[44] Marginal 9, inciso cuarto. Textualmente, «*Zur Erlangung und Durchführung der Aufträge sei er jedoch auf die Nutzung der App angewiesen gewesen*».

[45] *Ibidem*, inciso quinto. Textualmente, «*Das dafür bestehende Benutzerkonto sei nicht übertragbar gewesen, was ihn letztlich zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet habe*».

[46] Cfr. Antecedente de Hecho segundo-sexto.

[47] *Ibidem*.

posibilidad de delegar en otros la prestación de los servicios[48], lo que provoca que lo razonado a este concreto respecto por la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo posea un máximo interés doctrinal, como tendremos ocasión de comprobar luego[49].

5. LAS FUENTES DEL DERECHO MANEJADAS POR LA SENTENCIA. EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN, PERO TAMBIÉN LA DOCTRINA CIENTÍFICA LABORALISTA ALEMANA

A diferencia de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo (plagada por la cita de fuentes jurídicas comunitarias, aunque con alguna omisión clamorosa, que ya ha sido denunciada doctrinalmente)[50], la Sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo maneja, en cambio, única y exclusivamente fuentes jurídico-laborales nacionales alemanas, entre las que yo destacaría -por su superior interés, desde la perspectiva comparatista con nuestro Derecho- especialmente dos. Ante todo, el Código Civil alemán de 1896, cuyos parágrafos 611 a 630 contienen la regulación hoy aplicable al contrato de trabajo (por cierto, una regulación a la vez clásica y vitalista, a través de la cual llegan incluso a transponerse Directivas sociales comunitarias)[51], respecto del que la Sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo destaca el hecho de que su nuevo parágrafo 611a, «desde 1 abril 2017, … contiene una definición legal del contrato de trabajo y, en conexión con ello, regula quién es trabajador»[52], habiendo puesto de relieve la doctrina científica que «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»[53], aunque «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»[54]. Y por supuesto, la cita nominal y el manejo de doctrina científica laboralista alemana (siguiendo, para practicar la cita en cuestión, el modo

[48] Certificando aparentemente dicha ausencia, el Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo se refiere a «la realización personal por el demandante de la actividad sin tener trabajadores a su cargo, poniendo por su parte los escasos medios materiales que se exigen para el desarrollo de la misma, con asunción de los gastos de su uso» (cfr. Fundamento de Derecho decimoquinto).

[49] *Infra*, VI.

[50] Al respecto, véase VIZCAÍNO RAMOS, Iván, «Sobre el evidente error dogmático cometido por la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, relativa a los "riders" de Glovo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57 (2020), págs. 717 y ss.

[51] Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 19 y ss.

[52] Cfr. marginal 29, inciso segundo. Textualmente, «*seit dem 1. April 2017 … § 611a Abs. 1 BGB … eine Legaldefinition des Arbeitsvertrags enthält und damit zusammenhängend regelt, wer Arbeitnehmer ist*».

[53] Véase BRECHT-HEITZMANN, Holger y MEYER, Uwe, «El impacto sobre el trabajo de la economía digital en Alemania», cit., pág. 23.

[54] *Ibidem*. El nuevo precepto fue introducido por el artículo 2 de una Ley de 28 febrero 2017, publicada en el Boletín Oficial Federal (*Bundesgesetzsblatt*), Parte, I, núm. 8 de 2017, págs. 258 y ss. El tenor del apartado 1 de este precepto es el siguiente: «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 [*Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet*]» (inciso 1). «El poder de dirección puede afectar al contenido, ejecución, tiempo y lugar de la actividad [*Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen*]» (inciso 2). «Está sujeto a instrucciones quien, en lo esencial, no puede decidir organizar con libertad su actividad y su jornada [*Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann*]» (inciso 3). «El grado de dependencia personal también depende, en ese caso, de la modalidad de la actividad respectiva [*Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab*]» (inciso 4). «Para determinar si existe el contrato de trabajo, hay que atender prioritariamente a una valoración conjunta de todas las circunstancias [*Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen*]» (inciso 5). «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 [*Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an*]» (inciso 6).

germánico de citar bibliografía, tan diferente del nuestro)[55], cabiendo resaltar acerca de ello lo siguiente: 1) en cuanto a los libros, el hecho de que se cite repetidamente el ya mencionado «Comentario Erfurtense», aunque con la particularidad de que lo citado es la edición de 2021 del mismo[56], a pesar de que la Sentencia se dictó en diciembre de 2020 (por ejemplo, «cfr. ErfK/PREIS, 21ª ed, BGB §611a, margs. 47 y ss.»)[57]; 2) en lo tocante a artículos de revista, que las dos obras más citadas (ambas de 2020) sean el artículo de la catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de Hamburgo, Claudia SCHUBERT, sobre «Crowdworker - Trabajador, persona asimilada a trabajador o autónomo»[58], y el artículo del catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Passau, Frank BAYREUTHER, sobre «Laboralidad y prestación de trabajo por cuenta ajena en el supuesto del crowdworker»[59]; y 3) como es usual en la jurisprudencia alemana, el hecho de que se subraye la existencia de posiciones doctrinales contrapuestas, si es que el Tribunal Federal de Trabajo llega a detectar que tales posiciones existen (por ejemplo, «análogamente, SCHWARZE *RdA* 2020, 38, 41 y ss.; críticamente, RIESENHUBER *RdA* 2020, 226, 228 y ss.»)[60]. En todo esto, el contraste con la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo es radical, al brillar por su ausencia en ella cualquier tipo de cita nominal de doctrina científica [sólo contiene una pelada, genérica e, incluso, crítica referencia a la doctrina de los autores, al afirmar que «la línea divisora entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga (particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios), regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en *la doctrina*, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social»][61].

[55] Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, «Estudio Preliminar», en LÖSCHNIGG, Günther, *Derecho austríaco del Trabajo. Desde una óptica europea del Derecho del Trabajo*, Andavira (Santiago de Compostela, 2016), págs. XIX y ss.

[56] Esto es, MÜLLER-GLÖGE, Rudi, PREIS, Ulrich y SCHMIDT, Ingrid (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2021).

[57] Marginal 38. Textualmente, «*vgl. ErfK/Preis 21. Aufl. BGB § 611a Rn. 47 ff.*». Cfr., también, marginales 18 y 31.

[58] Más en concreto, SCHUBERT, Claudia, «Crowdworker – Arbeitnehmer, Arbeitnehmerähnliche Person oder Selbständiger», *Recht der Arbeit*, vol. 37 (2020), págs. 248 y ss. Cfr. marginales 31 y 36.

[59] Más en concreto, BAYREUTHER, Frank, «Arbeitnehmereigenschaft und Leistungfremdbestimmter Arbeit am Beispiel des Crowdworkers», *Recht der Arbeit*, vol. 37 (2020), págs. 241 y ss. Cfr. marginales 31 y 43.

[60] Cfr. marginal 39. Textualmente, «*ähnlich Schwarze RdA 2020, 38, 41 f.; kritisch Riesenhuber RdA 2020, 226, 228 ff.*».

[61] Cfr. Fundamento de Derecho noveno, apartado 1.3). Sobre el tema, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «La cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia laboral. Un estudio de Derecho comparado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011), págs. 333 y ss. La excepción que hace brillar dicha regla general de ausencia de cita nominal está representada por el voto particular (suscrito, entre otros, por el Magistrado Manuel Ramón ALARCÓN CARACUEL) a la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 julio 2013 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2013/7657), fallada en casación para la unificación de doctrina, en el que se afirma, de un lado, que «conviene hacer referencia a que la cuestión controvertida –aplicación de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores al personal laboral de las Administraciones Públicas– ha sido tratado extensamente por la doctrina científica que, muy mayoritariamente, se ha inclinado por su aplicabilidad, pudiendo citarse al respecto, entre otros –y salvo error– a los siguientes Profesores/as: MORÓN PRIETO; GOERLICH PESET; BLASCO PELLICER; ALFONSO MELLADO; CORDERO SAAVEDRA; MARTIN VALVERDE; ARIAS DOMÍNGUEZ; LOPEZ GÓMEZ; CRUZ VILLALÓN; VIVERO SERRANO; ROQUETA BUJ; AGUILERA IZQUIERDO; BOLTAINA BOSCH; LAHERA FORTEZA; RODRIGUEZ ESCANCIANO; LUQUE PARRA; RAMOS MORAGUES; RODRIGUEZ PIÑERO ROYO» (Consideración Jurídica quinta, apartado 4); y de otro lado, que cierta medida «(que como ha señalado ya la doctrina científica, entre otros los Profesores/as: LAHERA FORTEZA; ALZAGA RUIZ; BOLTAINA BOSCH; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ; LÓPEZ GANDÍA; y RAMOS MORAGUES) logra combinar la preservación de los procesos de selección en el empleo público y la reparación económica al trabajador indefinido no fijo, cuando se le extingue su contrato de trabajo por causas objetivas, al tiempo que cumple el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE» [Consideración Jurídica sexta, apartado 1.E)].

6. EL FALLO DE LA SENTENCIA. EL «*CROWDWORKER*» DIGITAL ES TRABAJADOR ASALARIADO DE SU EMPRESA DE «*CROWDSOURCING*» DIGITAL

En lo tocante a la pretensión principal deducida por el «*crowdworker*» recurrente (recuérdese, que «se declare que entre las partes existe una relación laboral por tiempo indefinido»), la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo estimó la misma, afirmando su fallo -que aparece colocado al comienzo de la Sentencia, como es usual en las resoluciones judiciales alemanas[62]- que «en el recurso de casación del demandante, se revoca la Sentencia del Tribunal de Trabajo de Estado federado de Múnich de 4 diciembre 2019 (8 Sa 146/19), parcialmente en cuanto al fondo del asunto y en su integridad sobre las costas»[63]. Para razonar que «contra la opinión del Tribunal de Trabajo de Estado federado, el demandante estaba actuando para la demandada como trabajador, y no como empresario autónomo»[64], el Tribunal Federal de Trabajo utilizó -en lo esencial- los cinco argumentos siguientes: 1) la planificación y organización del trabajo por parte de la empresa de «*crowdsourcing*», pues «si la actividad está planificada y organizada por el "comitente", y el empleado se inserta en el proceso basado en la división del trabajo, de manera que se descarta efectivamente la organización independiente de la creación del "resultado del trabajo" acordado, entonces resulta obvia la relación laboral»[65]; 2) la incentivación al «*crowdworker*» para que aceptase pedidos, pues «para la asunción de una relación laboral, el comitente debe haber adoptado medidas organizativas por las que se incita al empleado -incluso si no se le instruye directamente, sino que se le guía indirectamente- a aceptar continuadamente pedidos de trabajo»[66], por lo que «de esta manera, la dependencia personal en el sentido del parágrafo 611a del C[ódigo]C[ivil] también puede darse por medio del sistema de incentivos de una plataforma»[67]; 3) la simplicidad del trabajo contratado, teniendo en cuenta que «en el caso del trabajo subordinado de nivel sencillo, hay más dependencia personal que en actividades de nivel superior»[68], pues «un empleado que se ha obligado a la prestación de servicios laborales de nivel sencillo, sólo dispone de antemano de escasas posibilidades de configuración»[69]; 4) la naturaleza personal del trabajo a realizar, pues «la demandada sólo encarga pedidos a personas que se han registrado en su plataforma al amparo del acuerdo básico, y a las que se hubiese proporcionado el software de usuario (App)»[70], de manera

[62] Al respecto, véase ZACHERT, Ulrich, MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 25 y ss.

[63] Apartado 1, párrafo primero. Textualmente, «*Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 4. Dezember 2019 - 8 Sa 146/19 - in der Kostenentscheidung insgesamt und in der Sache teilweise aufgehoben*».

[64] Cfr. marginal 28. Textualmente, «*Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts war der Kläger zum Zeitpunkt der Kündigung vom 24. Juni 2019 als Arbeitnehmer und nicht als selb-ständiger Unternehmer für die Beklagte tätig*».

[65] Cfr. marginal 35, inciso penúltimo. Textualmente, «*Wird die Tätigkeit aber durch den „Auftraggeber" geplant und organisiert und der Beschäftigte in einen arbeitsteiligen Prozess in einer Weise eingegliedert, die eine eigenverantwortliche Organisation der Erstellung des ver-einbarten „Arbeitsergebnisses" faktisch ausschließt, liegt ein Arbeitsverhältnis nahe*».

[66] Cfr. marginal 36, inciso quinto. Textualmente, «*Der Auftraggeber muss für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses vielmehr organisatorische Maßnahmen ergriffen haben, durch die der Beschäftigte - wenn auch nicht unmittelbar ange-wiesen, aber doch mittelbar gelenkt - angehalten wird, kontinuierlich Arbeitsaufträge anzunehmen und diese in einem bestimmten Zeitrahmen nach präzisen Vorgaben persönlich zu erledigen*».

[67] *Ibidem*, inciso sexto. Textualmente, «*Auf diese Weise kann eine persönliche Ab-hängigkeit iSv. § 611a BGB auch durch das Anreizsystem einer Plattform gegeben sein*».

[68] Cfr. marginal 37, inciso cuarto. Textualmente, «*Bei untergeordneten, einfachen Arbeiten besteht eher eine persönliche Abhängigkeit als bei gehobenen Tätigkeiten*».

[69] *Ibidem*, inciso quinto. Textualmente, «*Ein Beschäftigter, der sich zur Erbringung einfacher Arbeitsleistungen verpflichtet hat, verfügt von vornherein über nur geringe Gestaltungsmöglichkeiten*».

[70] Marginal 46, inciso segundo. Textualmente, «*Beauftragt werden von der Beklagten nur Personen, die sich auf der Grundlage der Basis-Vereinbarung auf ihrer Plattform registriert haben und denen die Anwen-dersoftware (App) zur Verfügung gestellt wurde*».

que «frente a lo dispuesto en el parágrafo 5 del acuerdo básico, el usuario no puede dejar que un tercero realice los pedidos aceptados»[71]; y 5) el carácter duradero del trabajo realizado, de manera que «la ocupación continuada y permanente del demandante condujo a la agrupación de los pedidos individuales bajo una relación laboral (por tiempo indefinido) individual»[72], pues «la consideración jurídicamente aislada de cada una de los 2.978 pedidos realizados por el demandante, sólo en un período de once meses, prescindiría del hecho de que la demandada ha orientado su modelo de negocio hacia la ocupación permanente de *crowdworker*, y de que también al demandante le importaba claramente la ocupación permanente»[73]. En todo esto, puede afirmarse que no existen grandes diferencias con lo razonado por el Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, al efecto de fallar que también se encontraba en presencia de un supuesto de trabajo asalariado, aunque su argumentación (desarrollada en nada más y nada menos que veintitrés Fundamentos de Derecho) resulte, frente a la lógica jurídica casi cartesiana de la Sentencia alemana, infinitamente más premiosa[74].

7. LA FALTA DE FIJACIÓN POR LA SENTENCIA DEL SALARIO A PERCIBIR POR EL «*CROWDWORKER*» DIGITAL. SOBRE EL SALARIO USUAL DE ESTE TIPO DE TRABAJADORES

A diferencia de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo -que es un caso cerrado, desde el punto de vista de las pretensiones deducidas por las partes litigantes-, la Sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo es, en cambio, un caso abierto. En efecto, rechazó las pretensiones salariales del «*crowdworker*» recurrente (según el cual el promedio de lo que venía percibiendo, en concepto de falso trabajador autónomo, debía considerarse su promedio salarial), remitiendo el enjuiciamiento de este asunto al tribunal laboral de segunda instancia (literalmente, según su fallo, «Respecto de la pretensión núm. 3, relativa al pago de 4.723,22 euros brutos, más intereses, se remite al asunto para nueva vista y decisión -también sobre las costas de la casación- al tribunal de apelación»)[75]. Las razones esgrimidas para dejar imprejuzgado este asunto fueron, en lo esencial, las tres siguientes: 1) ante todo, la de dar cumplimiento a lo dispuesto a ese respecto en el Código Civil, pues «resulta debida la retribución usual en el sentido del parágrafo 612, apartado 2, del C[ódigo]C[ivil]»[76]; 2) también, por causa de que las tarifas o tasas mencionadas en este último precepto (literalmente, «si no está decidido el importe del pago, entonces habrá que considerar como convenido, en caso de existencia de una tasa, el pago tasado, y a falta de una tasa, el pago usual»)[77] eran necesariamente tarifas o tasas salariales (como, por ejemplo, las fijadas en un convenio colectivo), por lo que «si no existe una regulación sobre la retribución aplicable en la empresa, un acuerdo retributivo adoptado expresamente para los trabajadores autónomos no puede considerarse sin más, también en la relación laboral, como

[71] *Ibidem*, inciso quinto, medio-inciso primero. Textualmente, «*kann der Nutzer entgegen § 5 der Basis-Vereinbarung die übernommenen Aufträge nicht durch Dritte ausfüh-ren lassen*».

[72] Marginal 52. Textualmente, «*Die langfristige und kontinuierliche Beschäftigung des Klägers führte zu einer Verklammerung der einzelnen Aufträge zu einem einheitlichen (unbefristeten) Arbeitsverhältnis*».

[73] Marginal 54, inciso último. Textualmente, «*Eine rechtlich isolierte Betrachtung eines jeden der allein in einem Zeitraum von elf Monaten vom Kläger erledigten 2.978 Aufträge ließe außer Acht, dass die Beklagten ihr Geschäftsmodell auf eine verstetigte Beschäftigung von Crowdworkern ausgerichtet hat und es auch dem Kläger erkennbar auf eine verstetigte Beschäftigung ankam*».

[74] Sobre dicha desmesura, especialmente si comparada la Sentencia del Pleno con la de suplicación recurrida, véase VIZCAÍNO RAMOS, Iván, «Sobre el evidente error dogmático cometido por la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, relativa a los "riders" de Glovo», cit., pág. 720.

[75] Apartado 1, párrafo cuarto. Textualmente, «*Hinsichtlich des Klageantrags zu 3. auf Zahlung von 4.723,22 Euro brutto nebst Zinsen wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung –auch über die Kosten der Revision– an das Berufungsgericht zurückverwiesen*».

[76] Cfr. marginal 79, inciso último. Textualmente, «*Geschuldet ist vielmehr die übliche Vergütung iSv. § 612 Abs. 2 BGB*».

[77] Textualmente, «*Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen*».

decisivo»[78]; y 3) por último, porque «dado que ni el Tribunal de Trabajo de Estado federado [esto es, el tribunal laboral de segunda instancia], ni las partes, han tenido en cuenta hasta el momento este punto de vista, el derecho a ser oído y el principio de garantía de un proceso justo … exigen que se dé la oportunidad a las partes y, en primer lugar, al demandante, que tiene la carga de alegación y de prueba en el marco del proceso de apelación, de realizar una nueva exposición de hechos sobre la retribución usual»[79]. En realidad, estos argumentos también vienen a constituir una interpelación a los interlocutores sociales alemanes, al efecto de que se animen a fijar tarifas salariales colectivas para «*crowdworker*» digitales, mediante la estipulación de los convenios colectivos correspondientes. Y ello, porque la misión de patronal y sindicatos -en Alemania y en todas partes- no es precisar cuándo existe, y cuándo no, la relación laboral individual (que es, con claridad, un asunto de orden público laboral y, consecuentemente, de orden público de seguridad social), sino -supuesto que esta relación exista- determinar las condiciones de trabajo y de empleo, incluidas las salariales, aplicables a la relación en cuestión[80].

8. EL FUTURO DE LA SENTENCIA. SOBRE LA IMPROBABLE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN, AL EFECTO DE POSITIVIZAR SU FALLO

Tras haberse decidido casi coetáneamente la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo y la de la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo, todo parece indicar que los caminos paralelos que España y Alemania venían recorriendo en materia de laboralización de trabajadores al servicio de plataformas digitales han dejado de ser tales, al haber optado el Gobierno español por positivizar la doctrina de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social, mediante la promulgación del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (según su exposición de motivos, «incorpora los criterios y parámetros establecidos por el Tribunal Supremo en dicha sentencia, primera dictada en unificación de doctrina»)[81]. En efecto, todo apunta a que Alemania nada legislará a corto plazo sobre este concreto asunto, de un lado, porque al legislador laboral alemán -en materia de digitalización del trabajo- lo único que parece preocuparle es la mejora urgente de las competencias digitales de los trabajadores, a lo que se orienta la promulgación, en plena pandemia, de la Ley de 20 mayo 2020, sobre «el trabajo del mañana [*Arbeit-von-morgen*]»[82], carente de todo posible paralelismo con el Derecho que actualmente tenemos en España[83]; y de otro

[78] Marginal 81, inciso primero. Textualmente, «*Fehlt es an im Betrieb geltenden Vergütungsordnungen, kann eine für freie Mitarbeiter ausdrücklich getroffene Vergütungsvereinbarung nicht ohne Weiteres auch im Arbeitsverhältnis als maßgeblich angesehen werden*».

[79] Cfr. marginal 84. Textualmente, «*Nachdem weder das Landesarbeitsgericht noch die Parteien bislang diesen Gesichtspunkt in den Blick genommen haben, gebieten der Anspruch auf rechtliches Gehör und der Grundsatz der Gewährleistung eines fairen Verfahrens …, den Parteien und hierbei zunächst dem darlegungs- und beweisbelasteten Kläger im Rahmen des fortgesetzten Berufungsverfahrens Gelegenheit zu geben, zur üblichen Vergütung weiteren Sachvortrag zu halten*». Aplicando esta doctrina, a propósito de «la cuantía mínima de los salarios de trabajadores no incluidos en el ámbito de aplicación de ningún convenio colectivo», véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, Netbiblo (A Coruña, 2009), págs. 21 y ss. Por supuesto, el nuevo salario mínimo legal alemán representaría un suelo infranqueable. Sobre este último, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «La nueva ley alemana reguladora del salario mínimo general. Comentario, estudio contextualizador y traducción castellana», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41 (2015), págs. 439 y ss.

[80] Sobre la autonomía colectiva en Alemania, desde un punto de vista teleológico, véase KEMPEN, Otto Ernst y ZACHERT, Ulrich (Fundadores), *TVG. Tarifvertragsgesetz*, 5ª ed., Bund-Verlag (Frankfurt a.M., 2014), págs. 321 y ss.

[81] Cfr. Apartado II, párrafo quinto.

[82] Sobre ella, véase ARUFE VARELA, Alberto, «La Ley federal alemana sobre "el trabajo del mañana", de 20 mayo 2020. Un estudio comparado con el Derecho español», *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, núm. 1 (2021), págs. 301 y ss.

[83] Críticamente sobre el Real Decreto 1104/2020, de 15 diciembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a interlocutores sociales para la digitalización del sector productivo, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, *(...)*

lado, porque el Código Civil alemán, recientemente modificado en 2017 para poner al día -con parámetros jurisprudenciales tradicionales- los conceptos de contrato de trabajo y de trabajador asalariado[84], ha podido encajar en su tenor, sin mayor problema, la nueva realidad del «*crowdworker*» digital, acreditándolo así cumplidamente la Sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo, a que he venido haciendo referencia. En mi opinión, la contención del legislador laboral alemán sobre este asunto sólo puede ser calificada de prudente, pues el citado Real Decreto-ley español ha abierto la que podría denominarse «vía californiana» sobre la laboralización de los trabajadores al servicio de plataformas digitales, con su consecuente calvario de incidencias[85], que seguramente se agravarán en España por el hecho (revelador de tensiones entre los interlocutores sociales de ámbito estatal, cuyo diálogo social es la *causa causae* del asunto)[86] de que nuestra nueva normativa recién estrenada no se refiera genéricamente a los trabajadores empleados por plataformas digitales, incluido el «*crowdworker*» digital, sino única y exclusivamente a los «*riders*» digitales (literalmente, según la nueva disposición adicional 23ª del Estatuto de los Trabajadores, añadida a este último por el Real Decreto-ley 9/2021[87], se presumen trabajadores asalariados «las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el *reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía*, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales … mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital»)[88].

9. EPÍLOGO. ARRIESGANDO UNA TRADUCCIÓN AL CASTELLANO DE «*CROWDWORKER*» DIGITAL

Aunque -como se ha visto- sea cierto que la Sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo elude traducir al alemán el barbarismo inglés «*crowdworker*», también lo es que en algunos de sus pasajes ofrece pistas que permitirían arriesgar una traducción del mismo, con consecuencias jurídicas relevantes, incluso para el Derecho español. Ante todo, la pista de que «*Crowd*» (literalmente, «multitud» o «masa»), que la Sentencia utiliza en solitario, se refiera no a los usuarios de la plataforma digital, sino al conjunto de trabajadores contratados por la misma[89]. Y

«Reestructuraciones empresariales», en el vol. *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2021), págs. 19 y ss.

[84] Véase *supra*, apartado V.

[85] Sobre el tema, véase ARUFE VARELA, Alberto, «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), págs. 19 y ss.; y MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «La sorprendente reclasificación en California como trabajadores autónomos de los transportistas al servicio de plataformas digitales. La iniciativa legislativa popular núm. 22 de 2020», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XII (2020), págs. 85 y ss.

[86] En la exposición de motivos del Real Decreto-ley, se afirma lo siguiente: «A pesar de las enormes dificultades, especialmente las técnicas, que ha supuesto afrontar este reto, el diálogo social ha permitido que nuestro país avance de forma pionera en esta materia y lo haga de la mano de un diagnóstico y una solución compartida por los interlocutores sociales más representativos cuyas aportaciones han resultado decisivas. Este real decreto-ley, por tanto, es fruto del Acuerdo adoptado, el pasado 10 de marzo de 2021, entre el Gobierno, CC. OO., UGT, CEOE y CEPYME, tras el trabajo desarrollado por la Mesa de Diálogo constituida, a tal efecto, el 28 de octubre de 2020» (apartado I, párrafo quinto).

[87] Cfr. su artículo único, apartado 2.

[88] En realidad, esta «presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto» sigue la pauta técnica formalizada, en su día, en la presunción genérica de laboralidad del artículo 8, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores. Criticando esta última por su carácter tautológico («su lectura malévola o irónica llevaría a la conclusión de que lo que dice, más o menos, es que cuando existe un contrato de trabajo se presume que existe un contrato de trabajo»), véase ALONSO OLEA, Manuel, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, 1ª ed., Civitas (Madrid, 1978), pág. 47. Consecuentemente, nada tiene que ver con la presunción de laboralidad, denominada «test ABC», ahora mismo vigente en California. Sobre este tema, véase ARUFE VARELA, Alberto, «La laboralización en California de los transportistas al servicio de plataformas digitales. El caso *Dynamex v. Superior Court* (2018)», cit., págs. 23 y ss.

[89] El pasaje decisivo de la misma afirma lo siguiente: «La demandada no cede inalteradas las tareas de control que le han sido asignadas a sus "subcontratistas". Las divide en microtrabajos, para posibilitar a continuación su

(...)

luego, la de que el titular de la plataforma sea «una de las denominadas "empresas de *crowdsourcing*"»[90], palabra esta última para la que los diccionarios corrientes de la lengua alemana sí ofrecen, en cambio, una traducción directa al alemán, encarnada en la palabra «*Schwarmauslagerung*» (a traducir en castellano, a su vez, como «externalización en enjambre»). En mi opinión, la metáfora de un «enjambre» (por antonomasia, de abejas) identifica en sentido figurado, con bastante perfección, el supuesto de hecho real del «*crowdworking*», pues se trata de cientos o de miles de trabajadores, pero que se comportan -si mirados con perspectiva- como un conjunto perfectamente organizado, y no meramente como una «multitud» o «masa» de individuos inconexos. Y si siguiésemos tirando de dicha metáfora, resultaría -aparte la existencia de cientos o de miles de abejas «obreras»- que también hay «zánganos» (por supuesto, los usuarios o clientes de la plataforma digital), fecundantes con sus pagos del negocio o «colmena», que controla y administra el dueño de la plataforma cuestionada (esto es, prosiguiendo siempre con la metáfora, la «reina»), llevando a cabo su control no con «feromonas», como ocurre en la hipótesis de las abejas, sino mediante la ideación y ejecución del algoritmo de que habla ahora la nueva disposición adicional 23ª del Estatuto de los Trabajadores. En realidad, ese «enjambre» de trabajadores -si mirado ahora con perspectiva jurídico-laboral- vendría a constituir un supuesto de «trabajo en común», en el que -como afirma el artículo 10 de nuestro Estatuto de los Trabajadores- el empresario, frente a dicho grupo tan peculiar (y tan numeroso) de sus trabajadores, «conservará respecto de cada uno, individualmente, sus derechos y deberes»[91]. En mi opinión, este precepto no es letra muerta[92], sino «odre viejo» (en puridad, más viejísimo que meramente viejo, pues se retrotrae en nuestro Derecho a 1931)[93], con el que podría llenarse -tras las oportunas actualizaciones y retoques- el vino nuevo que nuestro legislador acaba de tener la ocurrencia de alojar en la citada disposición extravagante del Estatuto de los Trabajadores, supuesta la laboralidad (y no la subcontratación externalizadora de trabajo) de quienes prestan sus servicios en los novísimos «enjambres» digitales del tipo de los registrados por la Sala Novena del Tribunal Federal de Trabajo y por el Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo.

10. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO OLEA, Manuel, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, 1ª ed., Civitas (Madrid, 1978).

ARUFE VARELA, Alberto, «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).

ARUFE VARELA, Alberto, «La Ley federal alemana sobre "el trabajo del mañana", de 20 mayo 2020. Un estudio comparado con el Derecho español», *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, núm. 1 (2021).

BAYREUTHER, Frank, «Arbeitnehmereigenschaft und Leistungfremdbestimmter Arbeit am Beispiel des Crowdworkers», *Recht der Arbeit*, vol. 37 (2020).

BRECHT-HEITZMANN, Holger y MEYER, Uwe, «El impacto sobre el trabajo de la economía digital en Alemania», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XII (2020).

CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel, «La decadencia de una vieja modalidad contractual laboral: el contrato de trabajo de grupo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 128 (2005).

DÜWELL, Franz Josef y LIPKE, Gert-Albert (Editores), *ArbGG Kommentar*, 5ª ed., Luchterhand (Múnich, 2019).

agrupación, a través de la "*crowd*", en paquetes de pedidos relacionados con el usuario» (marginal 49, incisos primero y segundo). Textualmente, «*Die Beklagte reicht die ihr übertragenen Kontrollaufgaben nicht unverändert an ihre „Subunternehmer" weiter. Sie teilt diese in Mikrojobs auf, um anschließend deren Zusammenfassung über die „Crowd" zu nutzerbezogenen Auftragsbündeln zu ermöglichen*».

[90] Véase *supra*, apartado II.

[91] Cfr. apartado 1 del precepto en cuestión.

[92] Sí lo son, en cambio, sus apartados 2 y 3, al menos desde el punto de vista del Derecho de la Seguridad Social, como ha puesto de relieve ejemplarmente entre nosotros CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel, «La decadencia de una vieja modalidad contractual laboral: el contrato de trabajo de grupo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 128 (2005), págs. 459 y ss.

[93] Véase artículo 58 de la Ley republicana de contrato de trabajo de 21 noviembre de dicho año (por cierto, un precepto mucho más detallado que el apartado 1 del artículo 10 del Estatuto de los Trabajadores).

KEMPEN, Otto Ernst y ZACHERT, Ulrich (Fundadores), *TVG. Tarifvertragsgesetz*, 5ª ed., Bund-Verlag (Frankfurt a.M., 2014).

LÖSCHNIGG, Günther y MELZER-AZODANLOO, Nora, «El trabajo en plataformas en Austria - Un bosquejo de problemas jurídico-laborales», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XII (2020).

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «El género doctrinal "comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009).

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «La cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia laboral. Un estudio de Derecho comparado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011).

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «La nueva ley alemana reguladora del salario mínimo general. Comentario, estudio contextualizador y traducción castellana», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41 (2015).

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «La sorprendente reclasificación en California como trabajadores autónomos de los transportistas al servicio de plataformas digitales. La iniciativa legislativa popular núm. 22 de 2020», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XII (2020).

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «Reestructuraciones empresariales», en el vol. *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2021).

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007).

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2016).

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, Netbiblo (A Coruña, 2009).

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, «Estudio Preliminar», en LÖSCHNIGG, Günther, *Derecho austríaco del Trabajo. Desde una óptica europea del Derecho del Trabajo*, Andavira (Santiago de Compostela, 2016).

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

MÜLLER-GLÖGE, Rudi, PREIS, Ulrich y SCHMIDT, Ingrid (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2021).

NOGLER, Luca, «La Corte federale del lavoro tedesca risolve il rompicapo della qualificazione dei lavoratori delle piattaforme», *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 168 (2020).

SCHUBERT, Claudia, «Crowdworker - Arbeitnehmer, Arbeitnehmerähnliche Person oder Selbständiger», *Recht der Arbeit*, vol. 37 (2020).

VIZCAÍNO RAMOS, Iván, «Sobre el evidente error dogmático cometido por la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, relativa a los "riders" de Glovo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57 (2020).

ZACHERT, Ulrich, MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008).