

HACIA EL CONCEPTO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, EN ESPECIAL, EN LA POLÍTICA SOCIAL PROPIAMENTE DICHA¹

Yolanda SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA

Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho de la Universidad
Complutense de Madrid
sanuran@der.ucm.es

El Derecho de la Unión Europea es uno de los factores jurídicos que condiciona el proceso de evolución del Derecho del Trabajo y repercute en la realidad presente y en el futuro de nuestra disciplina.

Desde hace más de treinta años el Derecho del Trabajo español tiene como obligada referencia ese Derecho supranacional que aún hoy refleja la tensión entre el poder decisorio de la UE y el de los Estados miembros (atendiendo al principio de atribución de competencias y su ejercicio efectivo a partir de los de subsidiariedad y proporcionalidad), y entre las formas de regulación de los modelos de integración económica y el modelo social. Tensión que requiere de la búsqueda, también a ese nivel, de un equilibrio y ponderación entre la función y la finalidad del Derecho del Trabajo como elemento fundamental del modelo social comunitario aún en construcción.

El Derecho de la UE se integra en el sistema jurídico de los Estados miembros, articulándose al respecto principios de interrelación o conexión en el plano legislativo, aplicativo e interpretativo que en muchas ocasiones son difíciles y no están exentos de conflicto, sobre todo, como bien se ha dicho, cuando el Derecho interno se separa de la regulación contenida en el Derecho de la UE y precisa, por tanto, de una no siempre sencilla

¹ Texto de la lección magistral o conferencia impartida en la sesión pública del concurso para acceder al Cuerpo de Catedráticos de Universidad del área de conocimiento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrada el 5 de julio en la Facultad de Derecho de la UCM.

lla adaptación. Apreciando que el principio de primacía del Derecho de la UE no logra a veces la uniformidad prevista (de ahí la Comunicación de la Comisión Europea de 19 de enero de 2017, «Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación»)² y apreciando la labor del TJUE, que no es su intérprete exclusivo, aunque sí supremo, son varias las cuestiones, como se sabe, planteadas en la actualidad en la interrelación de ese Derecho y el Derecho del Trabajo español; entre ellas, el concepto de trabajador.

Introducimos el tema con una variante adicional: ¿quién es el centro de imputación subjetiva de las normas «sociales» de la UE que, establecidas en ese nivel supranacional, trasciende a los sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros y limita su libertad en la definición de su propio concepto de trabajador?

Debe tenerse en cuenta que la política social armonizadora se ha ido conformando en el tiempo al albur del largo recorrido histórico del entramado normativo laboral en el interior de los diversos Estados miembros, lo que ha favorecido en gran medida que a aquélla se hayan trasladado las reglas y principios nacionales. Dicho de otro modo, como ha advertido la doctrina (Cruz Villalón), ha favorecido la traslación de lo nacional a lo europeo.

En consecuencia, se requiere con carácter previo indagar en los que pudieran ser elementos convergentes entre los sistemas nacionales para atisbar la que fuera tendencia universal y su proyección en el ámbito supranacional.

Conecta así el tema con uno de los apartados de nuestro proyecto docente y proyecto de investigación presentado dedicado al «Derecho del Trabajo y su ciencia. Reflexiones actuales en una memoria a largo plazo», que me ha permitido partir de los fundamentos del Derecho del Trabajo para indagar en su proyección actual. En especial, en dos de los «acompañantes» naturales de la evolución del Derecho del Trabajo, en cierta medi-

² Incluidas sanciones conforme al art. 260.3 TFUE. *Vid.* RDL 9/2017, de 26 de mayo, cuyo título IV traspasa a nuestro ordenamiento jurídico varias Directivas respecto de las cuales había concluido el plazo de trasposición; entre ellas, la Directiva 2014/67/UE sobre garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71 y conseguir un clima de competencia leal entre la garantía de las condiciones de empleo y la libre prestación de servicios. La trasposición modifica la Ley 45/1999, en especial con la introducción de un nuevo art. 8.8 bis relativo a los mecanismos de evaluación global de los elementos fácticos que se consideren necesarios para, respectivamente, control de que la empresa tiene un establecimiento real en el que se dice Estado de establecimiento y control del trabajo previo del trabajador en el Estado de establecimiento. También RDL 18/2017, de 24 de noviembre, que, según dispone en disp. final 2.ª, incorpora al Derecho español la Directiva 2014/95/UE por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE.

da relacionados: por un lado, el de la extensión de su ámbito de aplicación y, por otro, el de los niveles de protección de los trabajadores, para reflexionar sobre los modelos de expansión y, en su caso, proponer un equilibrio entre la extensión amplia (subjettiva y objetiva) y la expansión selectiva. En ambos se identifica la predicción doctrinal de los maestros; se plantean las claves o elementos básicos de su evolución; se proyecta la cuestión más allá de las fronteras nacionales para vislumbrar la tendencia en otros sistemas jurídicos (las soluciones legales y jurisprudenciales y propuestas de la doctrina —lo que aporta una visión de Derecho comparado—), y se plantean soluciones posibles en el ámbito internacional y supranacional cuando cada vez hay más elementos transnacionales en las relaciones de mercados y en las relaciones laborales fruto de la globalización de la economía.

* * *

Para abordar este tema, el del concepto de trabajador y las fronteras de laboralidad, es preciso recordar la afirmación del profesor Alonso Olea. Nos decía el maestro de maestros: «La realidad social sobre la que el Derecho del Trabajo descansa no es el trabajo en general, sino un tipo muy especial y característico de trabajo». Y la predicción del profesor Pérez Botija sobre «la avasalladora tendencia expansiva del Derecho del Trabajo».

Calificamos el problema como atemporal o intemporal y universal porque esta cuestión ha sido, y sigue siendo, debatida no sólo en nuestro ordenamiento jurídico, sino en los sistemas de nuestro entorno, de modo que sigue ocupando y preocupando a la doctrina laboralista española y foránea.

Si la dogmática laboralista, como afirma el profesor García Murcia, no puede limitarse a plantear problemas, sino también y sobre todo tender a resolverlos (con la finalidad de que se puedan manejar unos principios más o menos seguros y podamos ofrecer unos criterios de regulación «esencialmente operativos»), parece que son inevitables los límites en el sentido de fijar fronteras a la que pudiera calificarse como tendencia expansiva cuasiuniversal de nuestra disciplina jurídica.

Desde esta perspectiva y con un enfoque multidimensional (histórico, analítico y crítico de nuestro ordenamiento jurídico, y comparado entre diversos sistemas) se advierten las dos vertientes que, de forma complementaria, se utilizan para dar respuesta a los dos extremos del debate.

Por un lado, la vertiente interna, en el sentido de adaptación del o de los elementos o rasgos estructurales utilizados en todos los sistemas jurídi-

cos laborales cercanos al nuestro para definir el centro de imputación subjetiva/objetiva de nuestra disciplina jurídica y en cierta medida para contrarrestar los intentos de evasión o elusión, con la finalidad de que sea conceptualmente coherente.

Atendiendo a las diferentes formulaciones legales (Italia, Francia, Alemania, Gran Bretaña, España, etc.), ese concepto (con mayor o menor intensidad) es el de subordinación/dependencia. De modo que se cumple lo que el profesor Montoya Melgar intuía:

«El trabajo dependiente [decía el maestro] seguirá siendo (hasta donde valen los pronósticos razonables) el ámbito típico y más importante regulado por el Derecho del Trabajo, para cuya delimitación conceptual continuará siendo de máximo valor la categoría jurídica de la dependencia».

* * *

Con fundamento en la influencia recíproca entre normas y jurisprudencia de distintos modelos nacionales constatamos la tendencia «universal».

Por un lado, la conformación de test o indicios de la existencia de ese concepto desarrollados por la jurisprudencia, en especial en los sistemas de *common law* (porque influyen en la construcción del concepto comunitario por el TJUE). Si atendemos a los que han sido y siguen siendo más frecuentes en estos últimos sistemas jurídicos (más apegados a la construcción jurisprudencial) —entre ellos *control test*— y los más flexibles —*integration test*, *economic reality test*, *mutuality of obligations test* (tal vez el más importante y, a su vez, el más problemático) y *multi-factor test* (desde una perspectiva cuantitativa)— nos recuerdan, en gran medida, a los que ha ido configurando la jurisprudencia española y a los que la italiana describe sintéticamente como «subordinación atenuada» o «colaboración» (*collaborazione*) en la empresa.

Esos test o indicios pueden ser reconducidos a una triple tipología diferenciando entre los de mayor a menor fuerza o consistencia y entre criterios fuertes y criterios más débiles de dependencia. De modo que la teoría convergente es la gradualista, la de jerarquización (más cualitativa que cuantitativa) de este concepto, que permite valorar la actividad económica desarrollada por el trabajador y determinar los que pueden considerarse indicios básicos para que la misma pueda ser calificada como laboral.

Por otro lado, y derivada, la tendencia a fijar un límite, lo que podría denominarse «readaptación limitada de la dependencia», porque la labor

interpretativa y la concreción aplicativa deben trazar cierta dosis de certidumbre sobre sus diferentes significados para adaptarlos a los nuevos modos de producción y a las nuevas situaciones de trabajo.

De modo que el límite podría fijarse en el que conviniera en calificar como extremo más débil o flexible de, en expresión más anglosajona, «programación del trabajo por parte del empresario», lo que cabría definir (en términos más continentales) como retención por parte del empresario del «derecho» a controlar la actividad desarrollada por el trabajador cualquiera que sea el método o mecanismo que utilice para ello, que permitiría incluir, sin adular el tipo, los supuestos que cabe entender como de «subordinación imperfecta», atisbada en muchas de las formas de trabajo nuevas y, en particular, en la *gig economy*, en especial en el trabajo desarrollado a través de las plataformas digitales (aspecto éste de debate actual).

La segunda vertiente, externa, se refleja en el uso de diferentes técnicas o métodos en los ordenamientos jurídicos para ampliar limitadamente el ámbito de aplicación de las normas laborales. O para extender selectivamente la protección de la legislación laboral a formas de trabajo en las que puede quedar muy limitada la nota de subordinación en su acepción más restrictiva y formal, en el sentido de estar bajo el control directo y permanente de un empresario (lo que podría traducirse por dependencia personal).

En cualquier caso, con sus aciertos e inconvenientes o imperfecciones, se trata en principio de técnicas que, en cierto modo, pretenden dar seguridad jurídica para responder de forma ajustada a las nuevas formas de trabajo que pudieran no encajar en la tradicional distinción binaria entre trabajador asalariado y trabajador autónomo.

Especial interés tiene en esta parte el análisis de las fórmulas legales/jurisprudenciales (española y foráneas) utilizadas para «selectivamente» abordar algunas de las cuestiones planteadas respecto del trabajador autónomo «imperfecto» (últimamente, Francia, con trabajo «independiente» en economía colaborativa, o Italia, con regulación del trabajo autónomo no *imprenditoriale* que deroga el contrato de trabajo a *proyetto*, pero a la vez incluye el «*lavoro agile*») y, sobre todo, la figura intermedia o híbrida del trabajador cuasidependiente o semidependiente (en nuestro ordenamiento jurídico, el trabajador autónomo económicamente dependiente), respecto del que hay planteadas opiniones contradictorias y las soluciones legales nacionales no son exactamente

coincidentes (por lo que puede decirse que en este aspecto aún no se ha logrado la convergencia de hecho).

* * *

Explicada la tendencia y calificada la cuestión como atemporal y universal, elevemos el análisis al Derecho de la UE, en el que también hay que conjugar el plano normativo (éste en sus diferentes niveles) y el de interpretación y aplicación para vislumbrar la orientación en la construcción del Derecho del Trabajo de la UE y, en particular, en la configuración del concepto de trabajador (de trabajador asalariado, se entiende).

En el plano normativo, como se sabe, se carece en la UE de un texto jurídico unitario que identifique el concepto, que delimite el ámbito de la normativa laboral y que identifique los rasgos unificadores del que pudiera denominarse Derecho «común» del trabajo de la UE.

La razón pudiera estar en que las normas comunitarias, en especial las de política social armonizadora de los años ochenta y noventa, se construyeron sobre el bagaje normativo previo nacional; sobre el concepto estándar «convergente» nacional entre los Estados miembros.

De modo que el ámbito de aplicación personal de las normas sociales comunitarias podía permanecer bajo cada una de las legislaciones nacionales, que representarían el ajuste necesario para el trabajador europeo estándar de entonces, definido básicamente desde el concepto de subordinación, personal y económica, en un mercado laboral relativamente homogéneo en ese momento.

Por el contrario, y es muy importante tenerlo en cuenta, en el ámbito de la libertad de circulación, desde muy temprano se apreció una intervención decidida del TJUE (asunto *Hoekstra*, 1964) rechazando una interpretación unilateral del término trabajador por cada Estado miembro que podría socavar la libertad de circulación recurriendo, por un lado, a una exclusión nacional de determinados grupos de trabajadores, limitando la aplicación del principio de igualdad por razón de nacionalidad de quienes puedan ser considerados trabajadores a efectos del art. 45 y ss TFUE, y, por otro, restringiendo el concepto de ciudadano económicamente activo para recortar los derechos en el Estado de acogida, en particular los de acceso a la protección social (*vid.* propuesta de reforma del Reglamento de Coordinación en materia de Seguridad Social que asume la doctrina restrictiva del TJUE en los asuntos más actuales).

Avanzada la realidad del trabajo en un contexto globalizado con cambios profundos en su organización fruto de los avances de la tecnología (hoy se habla de la revolución tecnológica), en nuevos sistemas de producción de bienes y servicios, en nuevas estructuras económicas del mercado de trabajo, en la descentralización y desintegración vertical de empresas, en la aparición de nuevas formas de trabajo y empleo, se exige también a nivel europeo la adaptación progresiva de las normas «sociales» comunitarias para dar respuesta a la protección de esos trabajos no estándares.

Desde esta perspectiva, la investigación desarrollada se orienta hacia dos direcciones (respectivamente, el anverso y el reverso en el plano normativo):

1. La relativa a la búsqueda de pautas de delimitación propias, las comunitarias, del concepto de trabajador, lo que podríamos denominar como dimensión europea uniforme y autónoma.
2. La relacionada con el margen de actuación de los Estados miembros en la implementación de esas normas para concretar o alterar «su» concepto nacional de trabajador. Preocupa entonces, sobre todo, identificar los mandatos que se imponen a los Estados miembros en esta materia concreta, y, por tanto, la relación entre la norma de la UE y el poder nacional, en especial cuando hablamos de Directivas a partir de la afirmación del TJUE de que éstas no gozan de eficacia directa en las relaciones entre particulares.

Por lo que refiere a la primera dirección, las pautas, si existieran, provendrían del Derecho originario, lo que requiere indagar en la dialéctica de jerarquía normativa entre aquél y el Derecho derivado incorporando a ese diálogo la CDFUE.

Sólo una interpretación contextual y finalista permitiría, a mi juicio, y con muchos reparos, concluir que el Derecho originario de la UE adopta un concepto de trabajador (trabajador asalariado) que, además, condiciona flexiblemente el Derecho derivado. Caracteriza el Derecho de la UE, a mi juicio, lo que puede denominarse como «fragmentación normativa del concepto de trabajador»; sin que haya, por tanto, una respuesta segura fiable a dos cuestiones en relación con el grado de concreción de las normas comunitarias de desarrollo.

Por un lado, si el Derecho derivado (en particular, las normas de política social en sentido estricto) puede alterar y hasta dónde el concepto para atraer también a quienes cupiera definir, desde la perspecti-

va nacional, como trabajadores autónomos estándar y, por tanto, tender a un modelo de intervención de tutela de todo tipo de trabajo prestado de manera personal y directa, sea de forma subordinada o sea con rasgos jurídicos de mayor o menor autonomía. O, más limitadamente, en los casos en que el trabajo autónomo se realiza en condiciones de concurrencia mercantil distorsionada.

Por otro, y a la inversa, si cabe que el Derecho derivado establezca limitaciones o exclusiones en el tipo trabajador subordinado; es decir, que distinga niveles de tutela (y hasta dónde) en relación con condiciones específicas de realización de la prestación (lo que llevaría a reformular las denominadas formas atípicas de trabajo) o con la naturaleza pública de la parte que recibe la prestación de servicios. En este sentido, la normativa europea de desarrollo, bajo la premisa de que el concepto de trabajador debe abarcar al conjunto de trabajadores subordinados, no podría excluir a quienes prestan servicios para la Administración Pública, aun cuando, según la correspondiente normativa nacional, asumen la condición de funcionarios públicos (extensión de los trabajadores subordinados sometidos a régimen administrativo).

* * *

La ausencia de un concepto legal comunitario de trabajador (a modo de estatuto jurídico armonizado en la UE) puede dejar al margen o fuera de protección (total o parcial) a categorías más o menos amplias de trabajadores, según la técnica de regulación que cada norma comunitaria haya adoptado al respecto en la formulación de su ámbito de aplicación personal en función de su específica finalidad de parcial armonización en la garantía o protección de derechos de los trabajadores en relación a la materia u objeto concreto de regulación (asunto *Pérez Retamero*, de 2 de marzo de 2017, ordenación de tiempo de trabajo, Directiva 2002/15; asunto *Estrella Rodríguez Sánchez*, 16 de junio de 2016, sobre permiso parental; dos cuestiones prejudiciales inadmitidas).

Aun cuando pudiera justificarse la competencia de las instituciones de la UE para, con fundamento en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, definir el ámbito personal de la «política social» de la UE (avanzando así hacia la armonización total), hay que advertir también de la más que improbable consecución de un instrumento normativo de *hard law* a modo de una directiva marco o de una directiva sobre política social

(hoy sólo la Recomendación de la Comisión Europea sobre «Pilar europeo de derechos sociales» de abril de 2017)³.

De modo que, en la actualidad, la construcción del concepto comunitario de trabajador se asienta en la progresiva evolución interpretativa del TJUE (como impulsor del modelo social de la UE), que en gran medida ha pretendido resolver las incoherencias detectadas en el plano normativo; en particular, en la interrelación a veces conflictiva entre normas de política social propiamente dicha y normas de libre circulación, en especial en su vertiente de migración económica de trabajadores.

* * *

El avance exige de un estudio transversal del Derecho derivado de la UE en materia de política social a partir de las normas que en los años ochenta y noventa del siglo XX configuran el ámbito personal de aplicación, o bien sin establecer concepto alguno de trabajador, o bien remitiendo expresamente a la definición propuesta por la legislación nacional de cada Estado miembro (bajo la fórmula «no afectará al Derecho nacional en la definición de trabajador»).

Durante años el TJUE, sólo con ligeras variaciones, ha mantenido la que se puede denominar «Danmols ortodoxia» (asunto *Danmols*, de 11 de junio de 1985; asunto *Collino y Chiapero*, de 14 de septiembre de 2000, y asunto *Scattolon*, de 6 de septiembre de 2011), es decir, fundada, por un lado, en la armonización limitada, y, por otro, en la garantía de la libertad de los Estados miembros para determinar no sólo el ámbito de aplicación de su propia legislación, sino también el ámbito de aplicación de la Directiva concreta.

Advirtiendo que los Estados miembros pudieran burlar de ese modo, indirectamente y desde la perspectiva subjetiva, el mandato de trasposición impuesto por dichas Directivas, se avanza por el TJUE hacia la imposición de límites a la definición nacional a través de una interpretación finalista de esas normas armonizadoras.

³ Se presenta como «una guía para un proceso renovado de convergencia entre los Estados miembros participantes hacia unas condiciones laborales y de vida mejores». La Recomendación va acompañada de una serie de iniciativas legislativas y no legislativas relacionadas con la conciliación entre vida privada y vida profesional, la información de los trabajadores, el acceso a la protección social y el tiempo de trabajo. Su ámbito de aplicación, cuando habla de condiciones de trabajo: «Regardless of the type and duration of the employment relationship, workers have the right to fair and equal treatment regarding working conditions, access to social protection and training. The transition towards open-ended forms of employment shall be fostered».

En principio, explicitando en esta materia el denominado «efecto útil», «plena eficacia», «efectividad» de las normas de la UE, utilizada recurrentemente por el TJUE. ¿Qué efecto tiene la «plena eficacia» de las normas de la UE en la definición europea del concepto de trabajador? ¿Hasta qué punto en relación con la jurisprudencia del TJUE en tono a la eficacia de las Directivas hay una tendencia hacia una progresiva ampliación de las posibilidades aplicativas de éstas en la configuración de ese concepto? ¿El efecto útil del párrafo tercero del art. 288 TFUE («La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios») debe entenderse en el sentido de que un rasgo de armonización propio de esas normas no es sólo la definición del ámbito material, sino también personal?

La respuesta inicial del TJUE es contenida, con fundamento en la «finalidad social» de las Directivas (protección y garantía de derechos), como límite negativo a la competencia de los Estados miembros (es decir, lo que no pueden hacer, como vertiente de contención del principio de cooperación leal del art. 4.3 TFUE). Porque el TJUE interpreta que los Estados miembros no pueden restringir el ámbito de aplicación de las normas comunitarias limitando el concepto de trabajador a estos efectos y desplazando del mismo a quienes cupiera incluir en tal concepto en virtud del Derecho nacional, ni establecer exclusiones de determinadas categorías de trabajadores sin razón justificada⁴.

Como un paso más, y pese al reconocimiento formal de la competencia de los Estados miembros (lo que de modo recurrente se aprecia en pasajes de las sentencias), se afirma sin ambages la competencia del legislador de la UE «para determinar por sí mismo el alcance de ese concepto».

Lo que supone entender que hay dos conceptos de trabajador que han de tener en cuenta los operadores jurídicos que se simultanean, el nacional y el europeo. Concepto comunitario que, en aplicación del *efecto útil* de las Directivas, se impondrá cuando en el caso concreto se aprecie que el concepto nacional de trabajador limita de manera excesiva e injustificada el ámbito de aplicación de aquéllas.

⁴ Vid. el asunto *Tünmer*, de 5 de noviembre de 2014, en relación con la Directiva de insolvencia, en el que se dice que los Estados miembros no pueden libremente definir el término trabajador asalariado de manera que se ponga en peligro la finalidad de dicha Directiva. Relación de trabajo de un inmigrante ilegal cuando queda constatado que en el país concreto su prestación de servicios se desarrolla por cuenta ajena, bajo la dirección de otra persona y con derecho a remuneración.

La pregunta, por tanto, es la siguiente: ¿cuál es el ámbito de aplicación personal de esas normas? ¿Cuáles son, entonces, los rasgos o elementos sustanciales del concepto comunitarios de trabajador? La construcción se basa en tres aspectos que traspasan miméticamente del concepto en el ámbito de la LCT. Esos tres rasgos son:

1. Atendiendo al fundamento, el de autonomía: el concepto de trabajador no puede definirse mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros. ¿Por qué? Porque, expresa el TJUE, estaría a su disposición el Derecho comunitario, «lo que permitiría a éstos alterar el ámbito de aplicación de la citada Directiva y privarla de su plena eficacia» (asunto *Ballkaya*, de 9 de julio de 2015, párrafo 33). Lo que posteriormente afirma de forma más contundente: «Limitar el concepto de trabajador [...] a la personas incluidas en ese concepto en virtud del Derecho nacional [...] podría poner en peligro la consecución de los objetivos de la Directiva y, por ende, menoscabar el efecto útil al limitar de manera excesiva e injustificada su ámbito de aplicación» (asunto *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, de 17 de noviembre de 2016, párrafo 36).

2. El de uniformidad: el concepto debe interpretarse de manera uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión. ¿Por qué? Porque es garantía de protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros (asunto *Balkaya*, 9 de julio de 2015, párrafos 32, 33 y 44). Clara alusión, entonces, a la finalidad de evitar la concurrencia desleal y el *dumping* social entre Estados.

3. Y el concepto de reiteración del que podemos denominar test Lawrie-Blum de 1985 (asunto *Comisión/Italia*, C-596/12, apartado 17, y asunto *Balkaya*, apartado 34). Concepto que se aplica tanto en relación con las Directivas que no disponen de un concepto específico (Directiva sobre despidos colectivos) ni remiten al propuesto por las legislaciones nacionales como respecto de las que remiten o no remiten a la legislación nacional a estos efectos (por ejemplo, Directiva sobre transmisión de empresa, Directiva sobre insolvencia, Directiva sobre permiso parental o Directiva sobre TTP) y a las que, al menos formalmente, cuentan con un concepto específico de trabajador (Directiva sobre seguridad y salud en trabajo, y Directiva sobre seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada).

Se define la relación laboral como la realización por una persona, «durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, de ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración».

La configuración, pese a opiniones doctrinales no exactamente coincidentes, puede ser calificada como flexible y extensiva si la proyectamos en relación con las dos vertientes que anunciamos en la introducción:

1. *Vertiente externa* o de extensión del concepto a las que el TJUE denomina «prestaciones de servicios de naturaleza *sui generis*» (utilizado por vez primera en el asunto *Allonby*, de 1 de enero de 2004, y reiterado en el asunto *Danosa*, de 11 de noviembre de 2010). Que de algún modo recuerda a las «zonas grises» (expresión que, salvo error, no utiliza el TJUE en sus decisiones), es decir, a aquellas situaciones de nada fácil frontera entre lo laboral y lo extralaboral. Lo que plantea un problema interpretativo y de aplicación efectiva del principio de interpretación conforme, en la interrelación con los sistemas jurídicos nacionales, cuando la prestación de servicios no se configura elusivamente, sino, bien distinto, cuando se adecua a la opción legal nacional de exclusión expresa del contrato de trabajo; recuérdese, a estos efectos, la exclusión de los administradores sociales en la legislación española.

Por lo que la cuestión es: ¿el concepto comunitario de trabajador pudiera entenderse integrado en el resultado de las normas de la UE para obligar al juez nacional a apartar el concepto nacional para dar entrada al comunitario?

2. *Vertiente interna*. Definición de uno de los elementos en los que se basa el concepto expresando que lo es la subordinación/dependencia (elemento convergente).

En este sentido, el TJUE asume los indicios, que ahora se dicen «comunitarios», y que debe tener en cuenta el tribunal remitente (asunto *O'Brien*, de 1 de marzo de 2012, párrafo 43) como mecanismo para afianzar la norma común europea para todos los Estados miembros, también en la fase aplicativa.

El órgano jurisdiccional nacional, como expresa el profesor Alonso García, debe resolver el litigio que originó la cuestión prejudicial a la luz de la aclaración de la interpretación o validez del Derecho europeo por el TJUE que marca las pautas comunes. No obstante, es ésta una cuestión que dista de estar resuelta de forma clara y contundente por el TJUE y pone en entredicho el principio de interpretación conforme (y sus límites)⁵.

⁵ De forma diversa a los asuntos citados en el texto, el TJUE resuelve en otros en los que se aprecia un impacto más medido del principio de interpretación conforme en los ordenamientos internos. Puede citarse como ejemplo la STJUE de 26 de marzo de 2015, C-316/13, asunto *Fenoll*, en particular el párrafo 48. Acerca de la posibilidad de referencia al art. 7 de la Directiva 2003/88, que prevé precisamente el derecho a vacaciones anuales retribuidas, de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que, si no es posi-

«Trabajar bajo la dirección de otra persona» es la definición o significado de dependencia que asume el TJUE. Y aun cuando pueda entenderse que hoy la configuración es incierta o que el modelo jurisprudencial comunitario de subordinación adolece de precisión, la tendencia es hacia la conformación de un criterio gradualista y flexible (recepción, por tanto, del rasgo convergente antes anunciado) orientado hacia la dirección económica.

Criterio que permite en cierta medida fijar las fronteras en la distinción binaria entre trabajador asalariado y trabajador autónomo, que está presente recurrentemente en las sentencias del TJUE (por ejemplo, para determinar si un juez a tiempo parcial puede ser considerado trabajador a efectos del Derecho de la UE *vid.* asunto *O'Brien*, de 1 de marzo de 2012), y exige del análisis de la compatibilidad o no (y hasta dónde) entre dirección y control de la actividad por quien la recibe y «flexibilidad en la organización del trabajo» por quien lo ejecuta. Sin que al respecto pueda decirse que haya una respuesta concluyente si se analizan dos supuestos concretos. Si bien en el asunto *O'Brien* se deduce que puede no ser un criterio determinante para excluir del concepto de trabajador a quien así realiza su trabajo, por el contrario, en el asunto *FNV* (STJUE de 4 de diciembre de 2014) esa libertad en la organización del trabajo se utiliza como criterio determinante para expulsar del concepto comunitario de trabajador a quien realiza de ese modo su actividad. Recuérdese que ese asunto se refiere a una cuestión de defensa de la competencia (art. 101 TFUE) en relación con la disposición de un acuerdo colectivo suscrito entre una organización empresarial y determinadas organizaciones de trabajadores de composición mixta que negociaron, de acuerdo con el Derecho nacional, unos honorarios mínimos no sólo para los sustitutos por cuenta ajena, sino también para los sustitutos autónomos que estaban afiliados a ellas y que celebrasen un contrato por obra o servicio para realizar para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de éste, aun cuando a éstos el propio acuerdo colectivo no les considera-

ble una interpretación del Derecho nacional conforme con esa Directiva —lo que corresponde comprobar al tribunal remitente—, «el art. 7 de ésta no puede ser invocado en un litigio entre particulares como el asunto principal para garantizar el pleno efecto del derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada toda disposición nacional contraria. Por otro lado, en esa situación la parte perjudicada por la falta de conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá invocar, no obstante, la jurisprudencia derivada de la sentencia *Francovič* y otros (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428) para obtener, en su caso, reparación del daño sufrido (*vid.* la Sentencia *Domínguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, apartado 43)».

ba «trabajadores». La actividad se refiere a la prestación de servicios en orquestas de música (*vid.* el párrafo 37 del asunto *FNV*).

* * *

La flexibilidad del criterio de dependencia no resuelve una de las cuestiones más debatidas en la actualidad, a saber, la de la existencia de una categoría intermedia entre trabajador dependiente y trabajador autónomo que permitiera ir más allá de la clasificación entre relación laboral subordinada y relación autónoma. Para el TJUE, un trabajador o es trabajador asalariado o es trabajador autónomo; no contempla la categoría intermedia o híbrida de trabajadores económicamente dependientes y tampoco define al autónomo propiamente dicho, que sólo es un concepto residual, derivado, *a contrario sensu*, de la definición de trabajador asalariado (como ocurre en la mayoría de los sistemas nacionales).

La razón puede estar en la trasposición mimética de los otros elementos que usa el TJUE en el plano de la LCT (actividad o prestación calificada como «económica» y su interrelación con el significado de remuneración).

Dice el TJUE que el trabajador ha de realizar una «actividad económica», que sea real y efectiva. El término puede interpretarse más o menos restrictivamente, y deriva de su contrario, «actividades marginales o accesorias». Por tanto, cabe plantear al respecto algunos interrogantes: ¿son marginales o accesorios los trabajos realizados para adquirir conocimientos o profundizar en éstos sin percibir retribución del empresario pero sí una ayuda económica de un organismo público (asunto *Balkaya*)?; ¿qué calificación hay que dar a aquellos trabajos de un número muy limitado de horas (estudiante en el asunto *O*); ¿y los «trabajos de inserción» en los que la remuneración adquiere la naturaleza de subsidio para promocionar la integración de personas vulnerables socialmente?

La remuneración se utiliza flexiblemente por el TJUE tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, y a la pregunta de si existe un derecho a la remuneración (laboral) en los supuestos de trabajo de inserción desde la utilidad económica de la prestación para la entidad que lo recibe, el TJUE en el asunto *Fenoll* (2015) responde afirmativamente (frente a otro supuesto, asunto *Bettray*; centro de ayuda mediante el trabajo de personas con discapacidad severa y aplicación de la Directiva 2003/38 sobre tiempo de trabajo, en el caso de que esas personas reciban un salario muy por debajo del SMI).

Tal configuración se proyecta en supuestos trascendentes a estos efectos, entre otros, la de trabajos en el sector o ámbito público, y distinción en ordenamientos jurídicos nacionales como el español, que diferencia en el empleo público entre funcionarios y personal laboral en sentido estricto, entre los que se contratan en régimen de Derecho administrativo y los que se contratan en régimen de Derecho laboral (STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto *Martínez Andrés y otros*, acumulados C-184/15 y 197/15), que se proyecta, como sabemos, en cuestión trascendental, como el de abuso de la utilización de sucesivos contratos temporales, resuelta en nuestro ordenamiento jurídico a través de la figura del «trabajador indefinido no fijo» (hoy STS, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2017).

* * *

Para concluir, una reflexión final sobre el principio de igualdad de trato y el derecho a la no discriminación.

Se advierte al respecto que en supuestos relacionados con los «trabajos atípicos», aun en su formulación limitada y tal vez superada en las tres Directivas que los definen (TTP, TDD y trabajos a través de ETT), el TJUE utiliza la expresión «efecto útil del principio de igualdad de trato» (más allá de una interpretación finalista de las Directivas con base en su efecto útil o en su efectividad). De lo que plantea podría inferirse que el carácter protector del Derecho del Trabajo (Wass, B.) y su finalidad de compensación exige de un concepto amplio o extensivo en respuesta a los objetivos del principio de igualdad. En concreto, en su vertiente de igualdad sustancial en sus múltiples y variados significados, asimilando aquella igualdad a protección (remedio contra las desventajas o remoción de los estigmas y estereotipos...). Dicho de otra forma, el carácter protector del Derecho del Trabajo, entendido como equilibrio e igualdad entre los sujetos del contrato de trabajo, como articulación equilibrada de protección del sujeto más débil, ¿puede utilizarse como fundamento de un concepto amplio o extensivo de trabajador?

Esta cuestión es hoy una de las más discutidas por la doctrina europea (tanto en la definición comunitaria de trabajador como en la definición nacional, apreciada sobre todo en la doctrina anglosajona) y requiere de un estudio profundo, porque habría que comenzar analizando la «igualdad» desde la triple perspectiva de valor, principio y derecho; abordar el significado de la igualdad «sustancial»; la distinción entre principio y fun-

damento del ordenamiento jurídico (en concreto del de la UE) y derecho fundamental en el ámbito del empleo y de la ocupación, confrontándose al efecto en el ámbito de la política social si el significado de ese principio es idéntico al derecho a la no discriminación, contemplados en preceptos diversos de la CDFUE (arts. 20, «todas las personas son iguales ante la ley», y 21, «prohibición de discriminación en general y en particular por diversas causas», respectivamente). A nuestro juicio, utilizar el principio de igualdad como criterio corrector del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo de la UE y como fundamento de un concepto amplio y extensivo de trabajador no tiene una base jurídica sólida, porque el principio, de contornos jurídicos nítidos, quedaría diluido en el de valor de justicia social, de inclusión, de solidaridad, que abocaría a la pérdida de identidad del Derecho del Trabajo para configurarlo como Derecho social.

Debe advertirse, no obstante, que también a nivel de la UE se aprecia una de las paradojas actuales del Derecho del Trabajo (a saber, Derecho «protector» que permite flexibilidad de la regulación como medida de seguridad en el empleo y se desborda aparentemente sin límites hacia la precariedad; menos protección y menos seguridad, por tanto, para los trabajadores): extensión del concepto de trabajador en el Derecho de la UE y diversidad de tutela. Lo que quiere decir que no todos los que pueden ser entendidos como trabajadores «en el concepto comunitario» tengan que recibir el mismo trato y menos que puedan invocar, en caso de existir esas diferencias, discriminación por alguna de las razones o causas previstas expresamente por el legislador comunitario. Así se deriva de la Sentencia de 1 de octubre de 2015, asunto *O. Lo trascendente* de esta sentencia, el punto de inflexión —sin que pueda afirmarse rotundamente, a nuestro juicio, que rompe la tendencia sobre la aplicación directa y horizontal del derecho a la no discriminación en relación con la «igualdad sustancial» (o igualdad transformativa y comprehensiva)—, es el razonamiento jurídico en torno al principio de igualdad de trato. Lo que, en sentido crítico, un sector de la doctrina ha calificado como «*the complaints-led model*» (Numhauser-Henning) y, por el contrario, otro apunta como «deber ser» y reorientación de las reglas esenciales de ordenación y aplicabilidad del Derecho de la UE (Menéndez Sebastián, P.).

Se analiza en este caso si la situación de estudiante es objetivamente análoga —atendiendo al objetivo perseguido por la norma nacional concreta— a la de los trabajadores que tienen derecho a la indemnización por extinción del contrato de trabajo; de modo que si el legislador excluye a los jóvenes estudiantes porque considera que no se encuentran en una situa-

ción de precariedad profesional (fundamento de esa indemnización), no puede invocarse el derecho a la no discriminación por razón de edad.

Si la tendencia no se rompe, habría que concluir que el concepto de trabajador (extensivo y amplio) es compatible con las restricciones que pudiera fijar el Derecho nacional para determinadas categorías de trabajadores. En definitiva, se podrían limitar los derechos «laborales» si la situación del que se concibe como trabajador en el Derecho de la UE no es análoga a la de otras categorías de trabajadores a los que sí reconoce esos derechos el ordenamiento nacional.

¿Es ésta una segmentación regresiva de los derechos de los trabajadores o es consecuencia de una restricción justificada basada en razones objetivas y adecuadas?

O incluso ¿se trata de contención del concepto autónomo, uniforme y unitario de trabajador en el Derecho de la UE y llamada de atención hacia las instituciones de la UE que ostentan el poder decisorio para que adopten una solución normativa al efecto? El tiempo lo dirá, mientras tanto, la atención permanente del laboralista, en particular como profesor universitario, docente e investigador, recordando en todo momento lo que el profesor Alonso Olea decía: «El jurista teórico, al abandonar la conexión con las circunstancias reales, corre cuando menos los riesgos de la artificiosidad y del dogmatismo; el jurista empírico, se arriesga a ser dominado por el material que maneja».