

Un concepto comunitario de trabajador para un derecho europeo del trabajo

A community concept of worker to achieve a european labor law

Gabriela Rizzo Lorenzo

Profesora Derecho Trabajo

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-7737-695X

Recibido: 9/8/2023

Aceptado: 27/10/2023

doi: 10.20318/labos.2024.8402

Resumen: En la UE no existe, como tal, un Derecho europeo del Trabajo, pero la última Directiva sobre condiciones laborales transparentes apunta hacia un derecho del trabajo comunitario de mínimos. Sin embargo, en las distintas Directivas de trabajo no encontramos una definición unívoca de trabajador, lo cual ha dado lugar a una inmensa cantidad de jurisprudencia del TJUE sobre quién deber ser considerado como *trabajador* a efectos de cada Directiva. Larga y compleja labor que ha ido construyendo un camino a seguir tendente a la armonización de esta figura. Con la consecución de un concepto amplio, pero único, de trabajador, se alcanzarían unas condiciones laborales de mínimos, se evitarían controversias futuras, se terminaría con debates pasado y podríamos empezar a hablar de un verdadero Derecho Europeo del Trabajo.

Palabras clave: trabajador, derecho europeo del trabajo, condiciones laborales de mínimos, , directivas sobre condiciones de trabajo, jurisprudencia TJUE.

Abstract: In the European Union, as such, there is no European Labor Law, but the latest Directive on transparent working conditions points towards a community labor law of minimums. However, in the different labor Directives we do not find an unequivocal definition of worker, and this has given rise to an immense amount of CJEU case law on who should be considered as a worker for the purposes of each Directive: long and complex work that has been building a path to follow tending to the harmonization of this figure. With the achievement of a broad, but unique, concept of worker, minimum working conditions would be achieved, future controversies would be avoided, past debates would end and we could begin to talk about a true European Labor Law.

Keywords: worker; European labor law, minimum working conditions, Directives on working conditions, CJEU jurisprudence.

1. Introducción

Es significativo que, dentro de las categorías legislativas de la Unión Europea, la que se refiere a las condiciones laborales de los trabajadores se encuadre en el eje de *Empleo y Política Social* – sin contar otros ejes transversales relativos a la libre circulación, derechos humanos, competencia judicial o ley aplicable –. Por lo tanto, cuando hablamos de Derecho Social Europeo, no podemos pretender encontrar un marco normativo completo y pormenorizado como el que hallaremos en el llamado Derecho Laboral o Derecho del Trabajo en los distintos Estados miembros (EEMM). La búsqueda armonización europea se refiere a materias concretas sobre las que se pretende dar cumplimiento a los derechos reconocidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE– (con base en los derechos sociales fundamentales que se indican en la Carta Social Europea de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989), para brindar protección a los colectivos más vulnerables y dar seguridad a quienes ocupan una posición de debilidad en sus relaciones laborales o civiles, así como para perseguir los elevados objetivos de la igualdad y la no discriminación. Y en aras a la consecución de tales fines, los EEMM ceden parte de su recelada autonomía a una instancia superior: la Unión Europea (UE). Pero tal pérdida de soberanía no puede ser indiscriminada, ni puede de ella pretenderse alcanzar dichos cambios de forma automática, implicando un vaciado o desmembramiento de sus ordenamientos jurídicos y una brusca transformación de su identidad e idiosincrasia.

Con base en lo anterior, el Título X del TFUE, sobre *Política Social*, delimita esas materias concretas en su art. 153, apartado 1: seguridad y salud, condiciones de trabajo, rescisión del contrato, derechos de información y consulta, representación de intereses colectivos de empresarios y trabajadores, protección social, lucha contra la exclusión social, integración laboral e igualdad entre hombres y mujeres, y condiciones de empleo de los nacionales de terceros países. Como vemos, todas ellas pertenecientes al Derecho del Trabajo, pero sin agotar en modo alguno su extenso contenido, circunscribiendo tales materias a lo que la UE considera debe ser uniforme en todo el territorio de la Unión para lograr los fines pretendidos, pero sin menoscabar las competencias propias de los EEMM (de ahí que las competencias en *Política Social* sean compartidas, tal como figura en el art. 4 del TFUE).

Y para dar cumplimiento a las mismas, el apartado 2 del mismo art. 153 describe el procedimiento legislativo a seguirse en cada caso, siendo la Directiva la forma predilecta para la regulación de la mayoría de ellas y naciendo sobre esta base las disposiciones mínimas que regularán estas materias. Sin embargo, es preciso hacer hincapié en el hecho de que la regulación individualizada de las mismas no se extiende a todo el Derecho del Trabajo de cada país miembro, en tanto que la cesión de soberanía es solo parcial, y los sujetos destinatarios de las mismas podrían no coincidir –y de hecho no coincidirán– con las definiciones de cada uno de los ordenamientos jurídicos internos.

2. Fundamentos de la cuestión: las vigentes directivas de política social y la construcción del concepto de trabajador en la Unión Europea

De tal modo, y ya descendiendo al tema concreto que nos interesa, el colectivo protegido en estas Directivas será el *trabajador*, sujeto sobre el cual no siempre encontraremos una definición unívoca, en tanto que algunas Directivas han incluido una suerte de descripción en su articulado, mientras que en otras se ha omitido toda intención de deslinde de esta figura. Esto ha dado lugar a una ingente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ha tenido que pronunciarse en sucesivas problemáticas sobre qué se considera o no como *trabajador* a efectos de la Directiva, y de cuya respuesta dependerá que la misma sea aplicable al litigio debatido. Por otra parte, la interpretación de este concepto de *trabajador* no se puede construir, por parte del TJUE, de forma totalmente aislada, sino que deberá responder a los objetivos generales del TFUE (fundamentalmente igualdad y no discriminación, arts. 7 y 10 TFUE) e ir en consonancia con los restantes ámbitos regulados en el mismo, entre ellos la libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE); pero sin invadir el ámbito competencial de los EEMM en todo lo no sujeto al ámbito de aplicación de la Directiva.

Difícil equilibrio y ardua labor jurisprudencial, que a lo largo de estas últimas décadas ha dejado, aunque con baches, un claro camino a seguir tendente a la armonización de la figura del *trabajador*. Pero esto solo en lo que respecta al ámbito de aplicación de las Directivas, cuya finalidad no es la de unificar todas las disposiciones internas de los EEMM, sino la de establecer un marco general uniformado para la materia regulada por la norma europea, sin incidir en las restantes materias excluidas en las que el concepto de *trabajador* deberá ser interpretado conforme al derecho nacional. Todo lo cual no significa que los EEMM tengan una inusitada libertad para elaborar dicho concepto a su antojo y al margen del derecho de la Unión, que en todo caso deberá ser respetado. Y aunque esta afirmación parece una obviedad, el propio TJUE se ha encargado de recalcarla en diversas sentencias sobre el concepto de *trabajador* que serán posteriormente mencionadas. Por lo tanto, conforme dice el TJUE, el concepto de *trabajador* «*se modula según el caso concreto y el ámbito de aplicación específico y está muy condicionado por el planteamiento de la cuestión prejudicial*»¹ y «*no implica el establecimiento de un concepto unívoco para todas las normas comunitarias, sino que depende de la materia de que se trate*»².

Sin embargo, teniendo en cuenta esta premisa y dado que no podemos hablar, propiamente dicho, de un Derecho del Trabajo para el ámbito de la UE, cabría preguntarse si resultaría viable la consecución de una Directiva Marco que albergase unas condiciones laborales de mínimos para todos los trabajadores, partiendo de la confección de un concepto europeo de *trabajador*, y que les ofreciera unas garantías reales y armo-

¹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda. Concepto de trabajador en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea (Capítulo II). Antonio Sempere Navarro (dir.), Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia, Madrid, BOE (1ª ed.), 2020, p. 59.

² STJUE de 12 de mayo de 1998 (asunto C-85/96, caso María Martínez Sala contra Freistaat Bayern) ECLI:EU:C:1998:217.

nizadas. Dicha norma no sustituiría a la totalidad del Derecho del Trabajo interno, pero sí podría aunar todas las disposiciones de las actuales Directivas de Política Social en un solo texto. Con ello se daría amparo no solamente al que podríamos denominar *trabajador ordinario tradicional* (entendido, de forma genérica, como aquel que presta servicios continuados y remunerados dentro de una relación de subordinación con su empleador, de modo que no presenta controversias a la hora de ser calificado como tal en la mayoría de los EEMM); sino que también permitiría dar seguridad jurídica a ciertas relaciones controvertidas que se decantan entre lo laboral y lo mercantil (altos cargos, consejeros, mandatarios, administradores), a aquellas otras consideradas atípicas (personas al servicio del hogar familiar, destinatarios de programas de fomento de empleo, aprendices, prácticas, becas, etc.), y también a las nuevas formas de empleo que van surgiendo en el marco de la tecnología de la información (trabajo deslocalizado, teletrabajo, trabajo en plataformas, actividades marginales y contratos “cero horas” o “a llamada”, entre otros). Eso sin mencionar la posible unificación en cuanto a sistemas de protección social y políticas de Seguridad Social

Y aunque este fue, formalmente, el reclamo del Parlamento Europeo en su Resolución de 19 de enero de 2017³, lo más cercano que se ha conseguido ha sido la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (aplicable desde el 1 de agosto de 2022), pero que dista mucho de tales encomiables objetivos, sobre todo al carecer de una definición del concepto de *trabajador* que, si bien se barajó su inclusión en los proyectos previos, no fue finalmente incluida en la Directiva.

Para poder hablar de un camino hacia un Derecho del Trabajo europeo, o hacia el reconocimiento de ciertos derechos laborales de mínimos, debemos saber primero en qué punto estamos y en qué dirección nos estamos moviendo, tanto en el ámbito legislativo, como en la jurisprudencia del TJUE. En el primero de ellos, el proceso es más lento y comedido, fruto de las dificultosas negociaciones para su redacción y aceptación por parte de todos los EEMM, pues no olvidemos que una premisa fundamental del derecho europeo es que este pueda ser ratificado por el mayor número de países posibles, siendo siempre más deseable una normativa más prudente, pero con mayor número de ratificaciones. Consecuencia de ello es que no se haya podido consensuar, hasta la fecha, un concepto unívoco de *trabajador* en el derecho europeo.

En el segundo ámbito –la jurisprudencia del TJUE–, la evolución es progresiva y más adaptable a las nuevas realidades, pero no deja de dar respuesta a casos concretos que, si bien resultan luego extrapolables a otras cuestiones similares, no conforman, de entrada, una unidad de criterio para todas las situaciones existentes. Como ya hemos apuntado, la interpretación por el TJUE del concepto de *trabajador* dependerá y variará en función de la materia de que se trate y, aunque la trayectoria muestra una clara dirección hacia la obtención de un concepto único para todos los escenarios, las ingentes y heterogéneas normas nacionales hacen necesaria, por ahora, de una interpretación caso por caso.

³ European Parliament resolution of 19 January 2017 on a European Pillar of Social Rights (2016/2095-INI).

3. El concepto de trabajador en la jurisprudencia europea sobre la libre circulación de trabajadores

Un análisis completo y pormenorizado de la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de *trabajador* daría para una obra extensa que analizase estos pronunciamientos por temas y Directivas, ya que el concepto se comienza a construir con base en las primeras interpretaciones del TJUE en aplicación del principio de libre circulación de trabajadores (que se hace con vocación extensiva e inclusiva al mayor número de personas posibles), y cuyos argumentos se utilizarán con frecuencias en la interpretación de este concepto respecto del ámbito de aplicación del mismo a otras Directivas. Pero no es misión de este trabajo compilar toda la jurisprudencia del TJUE a este respecto, sino extraer de ellas una foto más o menos fija del resumen de la cuestión y, sobre la base de la situación actual, presentar algunas conclusiones y posibles actuaciones de futuro.

Como decíamos, el concepto de *trabajador* en el la UE empieza a erigirse sobre la jurisprudencia del TJUE en materia de libre circulación de trabajadores, en interpretación del art. 45 TFUE, que declara que «*Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión*», pero sin definir este concepto. En dicho artículo se proclama el derecho a la libre circulación de los trabajadores entre los EEMM, sin tener que sufrir ninguna discriminación en el empleo ni en las condiciones de trabajo, aunque quedando expresamente excluidos los empleos en la administración pública (si bien la interpretación de la naturaleza pública o privada del empleo por el TJUE ha sido muy restrictiva⁴).

La sentencia clásica y sobre la que luego se ha ido construyendo el concepto de *trabajador* es la de 3 de julio de 1986 (asunto 66/85)⁵, de la que nace el conocido “*test de Lawrie-Blum*” o “*test-trabajador*”, por haber aportado una serie de criterios en torno a esta cuestión, fundamentalmente dos: a) que el principio de libre circulación constituye un pilar comunitario y, por lo tanto, el concepto de *trabajador* para su aplicación debe ser único para todos los EEMM; y b) que para que haya relación laboral, se deben dar tres requisitos objetivos y acumulativos: debe de haber dependencia, se debe realizar una actividad económica y esta debe ser remunerada; o en palabras del TJUE: «*La característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración*»⁶.

Sin embargo, aunque este test será un filtro importante a la hora de discernir sobre el concepto de *trabajador*, aquellos tres requisitos no serán ponderados en la misma pro-

⁴ *Pej.*, STJUE de 26 de abril de 2007, (asunto C-392/05, caso Georgios Alevizos contra Ypourgos Oikonomikon) ECLI:EU:C:2007:251. Sobre lo que pueda considerarse comprendido en el concepto de “empleo en la Administración Pública”: «...*la naturaleza jurídica de la relación laboral no es determinante para la aplicación del artículo 39 CE (...)* El hecho de que el trabajador esté contratado como funcionario o, incluso, de que su relación laboral esté regulada por el Derecho público y no por el Derecho privado carece de interés a este respecto» (§68).

⁵ STJUE de 3 de julio de 1986 (asunto 66/85, caso Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg). ECLI:EU:C:1986:284.

⁶ *Ibid.*, §17.

porción en las Directivas sobre condiciones de trabajo. Según los casos (despidos colectivos, insolvencia del empresario, tiempo de trabajo, etc.), se dará más peso a unos que a otros: como la valoración fluctuante del grado de dependencia para los cargos directivos, o la compleja determinación de la duración de la relación (la expresión “*cierto tiempo*” respecto de trabajos ocasionales y/o marginales).

Si bien, como decíamos, en el ámbito de la libre circulación la interpretación ha sido lo más extensiva posible, aclarando el TJUE que para la calificación de la relación como laboral se deberá atender a todas las circunstancias del caso, admitiendo como tal situaciones en la que algunas de estas exigencias eran difusas: como prestaciones de muy corta duración⁷ o la consideración de actividades como accesorias y/o marginales⁸, servicios de muy escasa remuneración o remuneradas por un tercero que no es el empleador⁹ (procedencia de la misma), o el tipo *sui generis* de la actividad económica controvertida¹⁰. Incluso el rígido requisito de la subordinación ha sido alguna vez moderado para

⁷ P. ej., STJUE de 4 de febrero de 2010 (asunto C-14/09, caso Hava Genc contra Land Berlin). ECLI:EU:C:2010:57. En ella se determina que lo importante no es solo el tiempo de la prestación, sino el carácter real y efectivo de la actividad de que se trate, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente.

⁸ P. ej., STJUE de 26 de febrero de 1992 (asunto C-357/89, caso V.J.M. Raulin contra Minister van Onderwijs en Wetenschappen). ECLI:EU:C:1992:87. Sobre un contrato de trabajo de escasas y variables horas, propio del sector de la hostelería, en el que, además, la trabajadora no estaba obligada a acudir en caso de llamamiento del empresario (atenuación del requisito de la dependencia). El TJUE determina que este tipo de contrato (*oproep contract*) no impiden considerarlo como un trabajador a efectos de la libre circulación (aunque para la determinación del carácter marginal de la misma el órgano jurisdiccional nacional sí puede tener en consideración la duración de las actividades ejercidas por el interesado para determinar si estas son reales y efectivas o si, por el contrario, se realizan a tan pequeña escala que tienen un carácter meramente accesorio).

⁹ P. ej., STJUE de 26 de noviembre de 1998 (asunto C. 1/97, caso Mehmet Birden contra Stadtgemeinde Bremen). ECLI:EU:C:1998:568. Sobre la realización de actividades financiadas con fondos públicos: no es relevante a los efectos de la libre circulación «*que la retribución de la persona interesada se efectúe mediante fondos públicos, puesto que (...) ni el origen de los recursos destinados a la retribución, ni tampoco la naturaleza jurídica sui generis de la relación laboral respecto al Derecho nacional o la productividad más o menos alta del interesado pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora*» (§28).

¹⁰ P. ej., STJUE de 7 de septiembre de 2004 (asunto C-456/02, caso Michel Trojani contra Centre public d'aide sociale de Bruxelles –CPAS–). ECLI:EU:C:2004:488. Dice el TJUE que tiene la consideración de trabajador quien realiza diversas prestaciones –durante cerca de 30 horas semanales–, en el marco de un proyecto de reinserción que proporciona acogida, alojamiento y ayuda psicosocial para fomentar la autonomía, bienestar físico y reinserción social de los beneficiarios. Actividades que son remuneradas en especie más de dinero para sus gastos personales. En este sentido, «*ni la naturaleza jurídica sui generis de la relación laboral con respecto al Derecho comunitario, como tampoco por otro lado la productividad más o menos elevada del interesado o el origen de los recursos para la retribución ni siquiera el nivel limitado de ésta pueden tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario*» (§16).

En sentido parecido se había pronunciado el TJUE en la Sentencia de 31 de mayo de 1989 (asunto C-344/87, caso I. Bettray contra Staatssecretaris van Justitie) ECLI:EU:C:1989:226. Pero aquí, aunque el argumentario es casi idéntico, el TJUE concluye que no se puede considerar *trabajador* a un toxicómano que realiza ciertas actividades en el marco de una relación *sui generis* del derecho neerlandés, destinada a mantener, recuperar o promocionar la aptitud laboral de personas que no están en condiciones de trabajar normalmente: «*no pueden considerarse actividades económicas reales y efectivas, puesto que constituyen tan sólo un medio de reeducación o reinserción*».

dar menor peso a la dependencia y más a la ajenidad en los riesgos de la actividad, como sucedió en el interesante y muy importante caso *Agegate*¹¹, en donde se plantea la condición de *trabajadores* de los tripulantes de un buque que eran remunerados en función del volumen de capturas. El TJUE reincide en el hecho de que el tipo y la forma de remuneración no es un factor excluyente de este hecho. Sin embargo, y a los efectos que nos interesan, el TJUE pone en relieve la circunstancia de la ajenidad frente a la dependencia, exponiendo que «*a la cuestión de si no existe tal relación laboral debe darse cada vez en función de todos los datos y circunstancias que caracterizan las relaciones entre las partes, como son, por ejemplo, la participación en los riesgos comerciales de la empresa, la libertad de elegir su propio horario y de contratar a sus propios ayudantes*»¹².

4. El concepto de trabajador en la jurisprudencia europea en relación a las directivas sobre condiciones de trabajo

Comoquiera que el concepto de *trabajador* debe ser interpretado en el contexto del tema de que se trate, el mismo ha sido interpretado de forma diferente en las distintas Directivas que regulan las que podríamos denominar Condiciones de Trabajo o *Working Conditions*, en sentido amplio. Todo ello en función del contenido de las propias Directivas (esto es, si tienen una definición *ad hoc* del concepto de *trabajador*, o por el contrario se remiten a las normas nacionales), pero en consonancia con los principios de no discriminación y libre circulación de trabajadores conforme a la jurisprudencia anteriormente expuesta. Siempre buscando el equilibrio entre el respeto a la soberanía nacional, pero sin menoscabar el derecho de la Unión de forma tal que lo dispuesto en las Directivas pierda todo sentido útil.

Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (en adelante, Directiva sobre traspaso de empresas): en su artículo 2.1.d) se define el concepto de trabajador como «*cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate*», con el límite impuesto en el art. 2.2 indicando que «*La presente Directiva no afectará a la legislación nacional en lo que concierne a la definición de contrato de trabajo o de relación laboral*».

La interpretación jurisprudencial de esta Directiva por el TJUE aboga por una armonización parcial y de mínimos, dejando intacto el derecho de cada EEMM a regular lo que se entiende por relación laboral o contrato de trabajo –siempre que no se excluyan del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos, únicamente, por razón del nú-

Como vemos, la justificación no es la calificación como *sui generis* de la naturaleza de la relación, ni tampoco el poco tiempo o la escasa remuneración, sino la consideración de la actividad como real y efectiva.

¹¹ STJUE de 14 de diciembre de 1989 (asunto C-3/87, caso *The Queen* contra *Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte *Agegate Ltd*). ECLI:EU:C:1989:650.

¹² *Ibid.*, §36.

mero de horas de trabajo realizadas o por realizar o los contratos de trabajo de duración determinada o con empresas de trabajo temporal (ETT's)–.

En particular, el TJUE se pronuncia sobre los cargos de confianza o miembros que tienen participaciones en el capital social de la empresa. A este respecto recuerda que, en la interpretación comunitaria y generalmente aceptada del concepto de *trabajador*, este se extiende a una persona que tenga acciones o sea miembro del Consejo de Administración siempre que no ocupe un puesto dominante en ese Consejo (pues la Directiva no se aplica cuando el puesto ocupado es tal que deja de ser parte subordinada en la relación), y también implica que no cabe la exclusión por el solo hecho de poseer una determinada, o incluso sustancial, cantidad de participaciones en la empresa. Sin embargo, sobre la aplicación de esta interpretación general (propia de la libre circulación) a la Directiva sobre traspaso de empresas¹³, concluye que la misma solo busca «una armonización parcial, esencialmente ampliando la protección garantizada a los trabajadores de forma independiente por la legislación de los Estados miembros para cubrir el caso de transmisión de una empresa. Su objetivo es, por lo tanto, asegurar, en la medida de lo posible, que el contrato de trabajo o la relación laboral continúe sin modificaciones con el cesionario (...) como consecuencia de la transferencia. Sin embargo, no se pretende establecer un nivel uniforme de protección en toda la comunidad sobre la base de criterios comunes»¹⁴. Por lo que la Directiva solo será de aplicación a aquellas personas que estén protegidas y consideradas como trabajadores por su derecho nacional.

Por otra parte, en relación a los cargos de confianza, dice el TJUE que estos serán considerados trabajadores a efectos de la Directiva, pero solo en relación a la transmisión de la empresa, sin incidir la misma en el grado de protección de cada derecho nacional ofrece a los distintos tipos de contrato, materia que no abarca esta Directiva¹⁵.

Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (*Directiva de despidos colectivos*); y Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (*Directiva de información y consulta de los trabajadores*). En la primera de ellas no se ha referencia alguna al concepto de *trabajador*, mientras que en la de información y consulta se lo define como «cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral nacional y con arreglo a las prácticas nacionales del Estado miembro de que se trate».

¹³ En concreto en referencia a la Directiva en su versión anterior (77/187/CEE), en donde no se hacía ninguna alusión al concepto de trabajador.

¹⁴ STJUE de 11 de julio de 1985 (asunto 105/84, caso Foreningen af Arbejdsledere i Danmark contra Société en faillite A/S Danmols Inventar). ECLI:EU:C:1985:331.

¹⁵ STJUE de 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18, caso Cátia Correia Moreira contra Município de Portimão). ECLI:EU:C:2019:499. Transmisión de empresa y afectación a un cargo de confianza, en tanto en el derecho nacional la protección otorgada a ese tipo de trabajador difiere de la concedida a otros trabajadores, en la cual se permite resolver el contrato mediante un simple preaviso escrito, en un plazo relativamente breve, y sin que se requiera justa causa. Y a este respecto la Directiva 2001/23 se limita a exigir que una persona esté protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional de que se trate, pero sin requerir un determinado contenido o un determinado nivel de protección (§ 35-51).

En este tema de despidos colectivos y derechos de información, son relevantes las interpretaciones del TJUE sobre la exclusión de determinadas categorías de trabajadores como tales en las normas nacionales. Aquí el TJUE retoma la doctrina general de la libre circulación para aclarar que la remisión al derecho nacional no puede privar a la Directiva de su efecto útil y armonizador, y que siempre que se cumplan los criterios objetivos de prestación de servicios, remuneración y subordinación, la Directiva debe serles de aplicación con independencia de la naturaleza jurídica atribuida al contrato¹⁶. El análisis se centra, en estos casos, en el criterio de la subordinación, que se suaviza para poder aplicar la Directiva, recordando nuevamente que, aunque en determinados puestos este requisito puede verse atenuado por las amplias facultades conferidas (como en el caso del consejero o del administrador societario), si este actúa bajo las órdenes de un tercero, debe rendir cuentas a un órgano superior o puede ser cesado por el mismo, cabrá considerarlo como trabajador, a pesar de que en la norma nacional la naturaleza de la relación tenga carácter mercantil y no laboral¹⁷.

También es relevante a estos efectos cierto pronunciamiento del TJUE aclarando que no todos estos altos cargos lo son de grandes empresas (en alusión al argumento de la falta de necesidad de protección a estos cargos por parte de la Directiva) y, por lo tanto, son merecedores del mismo nivel de defensa¹⁸; asimismo, su exclusión no solo produciría un perjuicio individual, sino que podría tener carácter colectivo si, con su eliminación, la Directiva de despidos colectivo no resultase de aplicación por no alcanzarse los umbrales establecidos¹⁹.

Finalmente, cabe señalar de forma importante que, cuando en el derecho nacional la relación ya ha sido calificada como laboral, la exclusión que se haga de determinadas categorías de trabajadores (a trabajos atípicos o exclusiones arbitrarias a efectos de la Directiva) no

¹⁶ STJUE de 13 de febrero de 2014 (asunto C-596/12, caso Comisión Europea contra República Italiana). ECLI:EU:C:2014:77. Recurso de incumplimiento contra Italia por haber excluido a los “*dirigenti*” en la transposición de la Directiva 98/59/CE

¹⁷ STJUE de 9 de julio de 2015 (asunto C-229/14, caso Ender Balkaya contra Kiesel Abbruch-und Recycling Technik GmbH). ECLI:EU:C:2015:455. Respecto de la menor intensidad de la subordinación del consejero, el TJUE dice que «*el hecho de que una persona tenga la condición de miembro de un órgano de dirección de una sociedad de capital no puede excluir por sí solo que esa persona se halle en una relación de subordinación respecto a dicha sociedad (...) En efecto, procede examinar las condiciones en las que ese miembro fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido*».

¹⁸ *Ibid*, §45-46: «*debe rechazarse la argumentación (...) según la cual un administrador (...) no necesita la protección que ofrece la Directiva 98/59 en caso de despidos colectivos pues] nada indica que un empleado que es miembro de la dirección de una sociedad de capital, concretamente de una pequeña o mediana sociedad como la controvertida en el asunto principal, se encuentra forzosamente en una situación diferente a la de otras personas empleadas por esa sociedad en lo que respecta a la necesidad de mitigar las consecuencias de su despido...*».

¹⁹ *Ibid*, §33: «*el concepto de «trabajador» (...) de la Directiva 98/59 no puede definirse mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros, sino que debe interpretarse de manera autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión (...). De no ser así, los modos de cálculo de los umbrales que prevé dicho precepto, y por tanto los propios umbrales, estarían a disposición de los Estados miembros, lo que permitiría a éstos alterar el ámbito de aplicación de la citada Directiva y privarla de su plena eficacia*».

estará permitida²⁰. Es decir, que cuando ya el derecho nacional ha reconocido a la persona como trabajadora, no será necesario acudir a la doctrina construida sobre la libre circulación de trabajadores (la cual ha sentado las bases sobre esa definición genérica del *trabajador* en el derecho europeo), pues ya el propio derecho interno ha reconocido su naturaleza.

Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (Directiva de Insolvencia). En esta tampoco hay una definición del concepto de trabajador, sino que en su art. 2.2 se dispone que «*La presente Directiva no afectará al Derecho nacional en lo que se refiere a la definición de los términos “trabajador asalariado” (...)*», reiterando también en este texto la imposibilidad de los EEMM de excluir de tal concepto a los trabajadores a tiempo parcial, con contrato de duración determinada o que presten servicios para una ETT.

Por lo tanto, al hilo de todo lo ya expresado, el TJUE recuerda que el derecho nacional no puede excluir del ámbito de aplicación de la Directiva a determinadas categorías de trabajadores, ni tampoco hacerlo por el carácter irregular de su situación²¹, por cuanto en ella lo *único* que se protege es el derecho de crédito por el trabajo realizado. Y los EEMM solamente podrían «*excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados, en razón de la existencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores afectados una protección equivalente a la que resulta de la presente Directiva*» (art. 1.2 de la Directiva). Sin embargo, en la interpretación del concepto de *trabajador* en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, encontraremos que toma mayor trascendencia el concepto y cuantía de la remuneración (el crédito que se reclama), que otros criterios como el de la dependencia o la subordinación.

Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (Directiva sobre el trabajo a tiempo parcial). Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (Directiva sobre el trabajo de duración determinada). Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (Directiva ETT's). Estas tres Directivas implementan la protección a este tipo de contratos de menor duración o jornada, lo cual ya se ha visto reflejado en otras Directivas (*supra*) que impiden expresamente la exclusión de este tipo de contratos del ámbito de aplicación de aquellas.

La jurisprudencia del TJUE en este tema ha sido muy clarificadora ya que, aunque el Tribunal sigue haciendo equilibrios entre la futilidad del concepto de *trabajador* en función del ámbito de que se trate y la preservación del derecho europeo y la utilidad de

²⁰ P. ej., STJUE de 18 de enero de 2007 (asunto C-385/05, caso Confédération générale du travail (CGT) y otros contra Premier ministre y Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement). ECLI:EU:C:2007:3. Reiterando criterio en la STJUE de 15 de enero de 2014 (asunto C-176/12, caso Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT y otros). ECLI:EU:C:2014:2.

²¹ P. ej., STJUE de 5 de noviembre de 2014 (asunto C-311/13, caso O. Tümer contra Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen). ECLI:EU:C:2014:2337.

las Directivas, de ciertos pronunciamientos se extraen ideas de suma importancia, fundamentalmente dos: primero, que una vez el derecho nacional ha calificado la relación como laboral, la Directiva no puede dejar de serle de aplicación en virtud de la duración del contrato o la jornada o el tipo de empleador (ETT); y segundo, que la Directiva no impide que se excluyan de su ámbito de aplicación las relaciones de naturaleza distinta a la laboral, siempre que esto no se haga de forma arbitraria y responda a la realidad del vínculo, esto es: que la delimitación «*deberá efectuarse partiendo de la distinción entre esta categoría y la de las profesiones autónomas*»²².

En correspondencia a lo anterior, tampoco podrá dejar de ser considerada como *trabajadora* una persona por la simple calificación jurídica que se haga de su relación laboral en su derecho nacional²³, pues la naturaleza de la misma se determinará con arreglo al texto de la Directiva y al derecho de la unión (criterios objetivos tradicionales para la definición del trabajo asalariado: prestación de servicios, remuneración y subordinación).

Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva de seguridad salud de los trabajadores). En esta Directiva aparece una suerte de definición del concepto de trabajador, considerando como tal a «*cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar*» (art. 3.a), y sin importar que el sector de actividad tenga carácter público o privado (art. 2.1).

La jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del concepto de trabajador en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ha sido de suma importancia. Por un lado, por verter sobre ella toda la doctrina sobre la libre circulación de trabajadores ya expuesta (*test de Lawrie-Blum*) y expandir la protección de esta Directiva²⁴ –y las otras de derecho derivado (en particular sobre la protección de la trabajadora embarazada)²⁵– a todos los trabajadores que respondan a aquellos criterios objetivos (naturaleza del vínculo). Por otro, se ahonda en la importancia de la subordinación y en la irrelevancia de que los EEMM califiquen el vínculo como laboral o mercantil²⁶, pues no es relevante que

²² STJUE de 1 de marzo de 2012 (asunto C-393/10, caso Dermod Patrick O'Brien contra Ministry of Justice). ECLI:EU:C:2012:110. Interpretación de la Directiva sobre el trabajo a tiempo parcial, sobre los servicios prestados por un juez que ejercía a tiempo parcial, y al que se le deniega la pensión de jubilación. (§44)

²³ STJUE de 17 de noviembre de 2016 (asunto C-216/15, caso Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH contra Ruhrlandklinik gGmbH). ECLI:EU:C:2016:883. Interpretación de la Directiva ETT's, sobre el concepto de trabajador y de actividad económica en relación al personal de enfermería que era puesto a disposición de un establecimiento sanitario por una asociación sin ánimo de lucro. La relación no era considerada contrato de trabajo, sino que se realizaba por un vínculo de afiliación a la entidad.

²⁴ STJUE de 20 de septiembre de 2007 (asunto C-116/06, caso Sari Kiiski contra Tampereen kaupunki). ECLI:EU:C:2007:536.

²⁵ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

²⁶ STJUE de 11 de noviembre de 2010 (asunto C-232/09, caso Dita Danosa contra LKB Lizings SIA). ECLI:EU:C:2010:674.

en el derecho interno la prestación de servicios quede fuera de su legislación laboral. De este modo, que la relación sea calificada como de trabajo autónomo, no excluye *per se* la protección de la Directiva si de los hechos se deduce que mediante su empleo se encubre una relación laboral ordinaria²⁷.

Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (Directiva sobre condiciones laborales transparentes). Para concluir, no podemos olvidar esta reciente Directiva, mediante la cual se pretendía hacer realidad ese deseo del Parlamento Europeo²⁸ que pedía colaboración de los interlocutores sociales y de la Comisión «*para presentar una propuesta de Directiva marco sobre unas condiciones de trabajo dignas en todas las formas de empleo*» con el fin de «*mejorar la aplicación de la legislación de la Unión, ampliar la seguridad jurídica en todo el mercado interior y evitar la discriminación complementando la legislación vigente de la Unión y garantizando a todos los trabajadores un conjunto básico de derechos exigibles, independientemente del tipo de contrato o de relación laboral*».

Sin embargo, a pesar de los admirables fines perseguidos por la norma en su primer artículo («*mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral*»), el concepto de trabajador que fue propuesto en los proyectos iniciales de la Directiva brilla por su ausencia. Y aunque su regulación sí se dirige con claridad a la persecución de esos derechos laborales mínimos, la ausencia de definición del concepto de *trabajador* volverá a requerir los servicios del TJUE, haciendo más difícil al ciudadano europeo esa tan amplia protección a que la Directiva aspira.

5. Conclusiones: ¿es realmente posible un derecho europeo del trabajo?

La pequeña –aunque relevante– muestra de jurisprudencia del TJUE hasta ahora presentada no incluye otros ámbitos igualmente importantes en los que el concepto de *trabajador* ha sido interpretado: derecho de la competencia, competencia judicial y ley aplicable, o las resoluciones sobre la aplicación del principio de no discriminación del TFUE. Sin embargo, sí nos da una idea bastante aproximada de la dirección en la que se mueve el Tribunal en relación a la aplicación de las normas sobre protección de los trabajadores. Pudiendo realizar una serie de afirmaciones al respecto:

Primero. Que las Directivas sobre condiciones de trabajo (a excepción de la Directiva sobre condiciones laborales transparentes, cuyo ámbito subjetivo es mayor) pretenden lograr una armonización parcial, esto es, dotar de protección a los trabajadores en relación al tema concreto que se trate, sin influir en las restantes normas laborales internas.

²⁷ STJUE de 13 de enero de 2004 (asunto C-256/01, caso Debra Allonby contra Accrington & Rossendale College y otros). ECLI:EU:C:2004:18.

²⁸ *Op. cit.*, European Parliament resolution of 19 January 2017.

Segundo. Que esa armonización parcial no implica dar carta blanca a los EEMM para excluir del ámbito de protección de esas Directivas a ciertas categorías de trabajadores de forma arbitraria.

Tercero. La jurisprudencia del TJUE sobre libre circulación es la que se ha ido imponiendo a lo largo de los años, construyendo una definición generalista sobre el *trabajador ordinario*, basado en los criterios del *test de Lawrie-Blum*: actividad económica (que debe ser real y efectiva; y que podrá ser pública y privada –salvo que la Directiva excluya a los trabajadores de la Administración Pública, exclusión que se ha aplicado de forma muy restrictiva–), la remuneración (no importando que esta provenga esta de fondos públicos), y la subordinación o dependencia (criterio este que puede modularse en función de las circunstancias), debiendo también tenerse en cuenta, según los casos, la ajenidad en la asunción de los riesgos.

Por lo tanto, podemos concluir que, aunque con algunas excepciones, el TJUE examina el concepto de trabajador en contraposición a la figura del empleador o del trabajo por cuenta propia. Y aunque existen otras relaciones *sui generis* controvertidas (como el de las prácticas profesionales, los aprendices o los programas estatales de reincursión y empleo), la mayoría de conflictos se solventarían deslindado las prestaciones por cuenta ajena de las otras por cuenta propia (titular de la empresa y trabajador autónomo no dependiente).

En este sentido, la fuerza de la jurisprudencia del TJUE sobre el examen del criterio de la dependencia cobraría una importancia aún mayor, y serviría de base a la construcción de un concepto europeo de trabajador. Y ello no significaría, en ningún caso, menoscabar el derecho nacional, pues tal definición sería armonizadora de las propias Directivas europeas ya existentes, no alcanzado a las restantes normas laborales internas.

En cuanto al proceder legislativo, la Directiva sobre condiciones laborales transparentes hubiera sido un instrumento perfecto, y quién sabe si no es posible este planteamiento para una modificación futura. Por otro lado, cabe preguntarse si, a la postre, podríamos encontrar un Reglamento europeo unificador, que incluyese en un solo texto el contenido de todas –o al menos de gran parte– de las Directivas existentes en materia de condiciones de trabajo. Y aunque parece una quimera, no es baladí plantearlo a efectos de simplificar el derecho de la unión y, con él, la eterna cuestión sobre qué se considera trabajador en el territorio común. Asimismo, las ventajas de la aplicación directa del Reglamento frente a la Directiva son evidentes, aunque resultaría complicado en atención a la fórmula legislativa del art. 153.2 del TFUE.

Sea como fuere, la petición de esta definición de *trabajador* no es nueva, pero sí constante y relativamente urgente si lo que se quiere conseguir es ese derecho del trabajo de mínimos que el Parlamento Europeo ambicionaba y al que la Directiva sobre condiciones laborales transparentes ha pretendido acercarse. Y como el Parlamento Europeo enumeraba en su citada Resolución, en esos derechos mínimos «*figurarían la igualdad de trato, la protección de la salud y la seguridad, la protección durante el permiso de maternidad, disposiciones sobre el tiempo de trabajo y de descanso, el equilibrio entre vida profesional*

y privada, el acceso a la formación, el apoyo en el trabajo a las personas con discapacidad, derechos de información, consulta y participación adecuados, la libertad de asociación y representación, la negociación colectiva, y la acción colectiva», subrayando que los mismos deberían «aplicarse a los empleados y a todos los trabajadores que ejercen su actividad en formas no convencionales de empleo sin modificar necesariamente las directivas existentes».

Es decir, que con la definición de este concepto se beneficiaría no solo a los *trabajadores ordinarios* cuya condición como tal no se discute, sino a quienes se quedan sin protección por las particulares características de su actividad y forma de que esta es prestada: nuevas formas de empleo (tecnología de la información y trabajo en plataformas), trabajos comúnmente atípicos o relaciones especiales y, por último, y para intentar acabar con un debate tradicional y enquistado, la participación en los órganos de administración de las sociedades y en su capital social.

6. Bibliografía

- BARNARD, Catherine, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. Oxford, Oxford University Press (6th ed.), 2019.
- CABEZA PEREIRO, Jaime, *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el derecho de la Unión Europea*. Albacete, Editorial Bomarzo (1^a ed.), 2020.
- GIUBBONI, Stefano, Being a worker in EU law. *European Labour Law Journal*. Bélgica, Editorial Board, volumen 9, núm. 3, sep. 2018, pp. 223–235. <https://doi.org/10.1177/2031952518791828>
- MENEGATTI, Emanuele, The Evolving Concept of “worker” in EU law. *Italian Labour Law E-Journal*. Bolonia, Italia, Dipartimento di Sociologia e Diritto dell’Economia (SDE), volumen 12, núm. 1, 2019, pp. 71–83. <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/9699>
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel, El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea. *Revista de Derecho Social*. Albacete, Editorial Bomarzo, núm. 77, 2017, pp. 19-42.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda. Concepto de trabajador en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea (Capítulo II). Antonio Sempere Navarro (dir.), *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, Madrid, BOE (1^a ed.), 2020, pp. 53-91.

Jurisprudencia

- STJUE de 12 de mayo de 1998 (asunto C-85/96, caso María Martínez Sala contra Freistaat Bayern) ECLI:EU:C:1998:217.
- STJUE de 26 de abril de 2007, (asunto C-392/05, caso Georgios Alevizos contra Ypourgos Oikonomikon) ECLI:EU:C:2007:251.

- STJUE de 3 de julio de 1986 (asunto 66/85, caso Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg). ECLI:EU:C:1986:284.
- STJUE de 4 de febrero de 2010 (asunto C-14/09, caso Hava Genc contra Land Berlin). ECLI:EU:C:2010:57.
- STJUE de 26 de febrero de 1992 (asunto C-357/89, caso V.J.M. Raulin contra Minister van Onderwijs en Wetenschappen). ECLI:EU:C:1992:87.
- STJUE de 26 de noviembre de 1998 (asunto C. 1/97, caso Mehmet Birden contra Stadt-gemeinde Bremen). ECLI:EU:C:1998:568.
- STJUE de 7 de septiembre de 2004 (asunto C-456/02, caso Michel Trojani contra Centre public d'aide sociale de Bruxelles -CPAS-). ECLI:EU:C:2004:488.
- STJUE de 31 de mayo de 1989 (asunto C-344/87, caso I. Bettray contra Staatssecretaris van Justitie) ECLI:EU:C:1989:226.
- STJUE de 14 de diciembre de 1989 (asunto C-3/87, caso The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd). ECLI:EU:C:1989:650.
- STJUE de 11 de julio de 1985 (asunto 105/84, caso Foreningen af Arbejdsledere i Danmark contra Société en faillite A/S Danmols Inventar). ECLI:EU:C:1985:331.
- STJUE de 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18, caso Cátia Correia Moreira contra Município de Portimão). ECLI:EU:C:2019:499.
- STJUE de 13 de febrero de 2014 (asunto C-596/12, caso Comisión Europea contra República Italiana). ECLI:EU:C:2014:77.
- STJUE de 9 de julio de 2015 (asunto C-229/14, caso Ender Balkaya contra Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH). ECLI:EU:C:2015:455.
- STJUE de 18 de enero de 2007 (asunto C-385/05, caso Confédération générale du travail (CGT) y otros contra Premier ministre y Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement). ECLI:EU:C:2007:3.
- STJUE de 15 de enero de 2014 (asunto C-176/12, caso Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT y otros). ECLI:EU:C:2014:2.
- STJUE de 5 de noviembre de 2014 (asunto C-311/13, caso O. Tümer contra Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen). ECLI:EU:C:2014:2337.
- STJUE de 1 de marzo de 2012 (asunto C-393/10, caso Dermot Patrick O'Brien contra Ministry of Justice). ECLI:EU:C:2012:110.
- STJUE de 17 de noviembre de 2016 (asunto C-216/15, caso Betriebsrat der Ruhrländklinik gGmbH contra Ruhrländklinik gGmbH). ECLI:EU:C:2016:883.
- STJUE de 20 de septiembre de 2007 (asunto C-116/06, caso Sari Kiiski contra Tamperen kaupunki). ECLI:EU:C:2007:536.
- STJUE de 11 de noviembre de 2010 (asunto C-232/09, caso Dita Danosa contra LKB Līzings SIA). ECLI:EU:C:2010:674.
- STJUE de 13 de enero de 2004 (asunto C-256/01, caso Debra Allonby contra Accrington & Rossendale College y otros). ECLI:EU:C:2004:18