



Abordando el autoempleo precario desde la Unión Europea: sinergias entre el concepto de trabajador y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales

Nora María Martínez Yáñez

*Profesora contratada doctora (acreditada a titular de universidad)
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Vigo*

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio Estudios Financieros 2019** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: don Antonio Bernal Pérez-Herrera, don Gonzalo Giménez Coloma, don Agustín González Hermosilla, don Miguel Ángel Luelmo Millán, doña Margarita Miñarro Yanini y doña Ana de la Puebla Pinilla.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

La externalización productiva y los nuevos modelos de empresa impulsados por la digitalización de la economía favorecen la expansión de un tipo de trabajo autónomo personal, involuntario y marcado por una fuerte dependencia tanto económica como organizativa. Mientras a nivel interno se debate sobre cómo abordar la protección de esta moderna mano de obra precaria, el presente trabajo vuelve la mirada hacia el derecho de la Unión Europea, donde la amplitud del concepto de trabajador en conjunción con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales permite ya reclamar ante los órganos judiciales internos la tutela de un abanico de derechos fundamentales extensibles a todos los empleos atípicos.

Palabras clave: trabajo autónomo; derechos fundamentales; eficacia directa horizontal; derecho social europeo.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Martínez Yáñez, N. M.^a (2019). Abordando el autoempleo precario desde la Unión Europea: sinergias entre el concepto de trabajador y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 440, 19-56.





Addressing precarious self-employment from the European Union: synergies between the concept of worker and the horizontal direct effect of fundamental rights

Nora María Martínez Yáñez

Abstract

Productive outsourcing and new business models of the digital economy have contributed to expanding a type of involuntary self-employment characterized by a strong economic and organizational dependence. While scientific doctrine debates on how Spanish law should address the protection of this modern precarious workforce, this paper turns its attention to European Union law, where the breadth of the concept of worker in conjunction with the horizontal direct effect of fundamental rights, already allows to claim before the internal jurisdiction the protection of a range of fundamental rights that can be extended to all atypical jobs.

Keywords: self-employment; fundamental rights; horizontal direct effect; European social law.

Citation: Martínez Yáñez, N. M.^a (2019). Addressing precarious self-employment from the European Union: synergies between the concept of worker and the horizontal direct effect of fundamental rights. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 440, 19-56.



Sumario

1. Introducción
2. El concepto supranacional de trabajador y su fraccionado ámbito de aplicación
 - 2.1. El trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libre circulación
 - 2.2. El incompleto trasvase del concepto de trabajador a la política social
 - 2.2.1. La normativa del núcleo duro: igualdad, tiempo de trabajo, protección de la maternidad y despidos colectivos
 - 2.2.2. La prudente extensión del concepto al resto de los ámbitos de la política social
3. La potencialidad del concepto supranacional de trabajador para hacer frente a los desafíos de las nuevas formas de empleo
 - 3.1. La capacidad de absorción del empleo atípico
 - 3.2. Incertidumbres en torno a la integración del trabajo autónomo económicamente dependiente
 - 3.3. Dificultades para hacer efectivos los derechos vinculados al concepto supranacional de trabajador
4. Hacia un concepto «social» de trabajador: mirando al futuro a través de la CDFUE
 - 4.1. El ámbito subjetivo de los derechos fundamentales de los trabajadores: más allá de las directivas de política social
 - 4.2. La eficacia directa horizontal de los derechos fundamentales de los trabajadores

Referencias bibliográficas

Nota: este trabajo se inserta dentro de las actividades del proyecto de investigación «Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital» (DER 2017-83488-C4-2-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1. Introducción

La centralidad del contrato de trabajo en la regulación de la prestación de servicios dependiente ha dado lugar al actual modelo de empleo binario caracterizado por la contraposición entre trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia. Las claves distintivas entre ambos extremos residen, fundamentalmente, en la capacidad de autoorganización del prestador de servicios, en la titularidad de los frutos del trabajo y en la exposición a los riesgos productivos. La debilidad del individuo que se somete a los poderes de dirección y organización del empresario para negociar sus condiciones de trabajo determina el establecimiento de un conjunto de derechos vinculados al trabajo por cuenta ajena, sin que se haya estimado necesario dotar de una protección semejante a quienes, a través de una relación mercantil, prestan sus servicios con plena libertad organizativa y sin sometimiento a los poderes empresariales.

Pero la evolución del sistema productivo en el que surge el derecho del trabajo y su definitiva sustitución por otros patrones de organización y de negocio ha acarreado un considerable desgaste en los dos extremos de este modelo binario (Barnard, 2012, pp. 144-146; Freedland, 2016, pp. 8-16).

Una de las consecuencias de la globalización y, más recientemente, de la digitalización económica ha sido el incremento de la competitividad en un escenario de alta volatilidad en la demanda de bienes y servicios. Ante la multiplicación de los riesgos productivos, las empresas se han visto presionadas a transferirlos en parte a terceros. En ocasiones esa transferencia se lleva a cabo fragmentando el ciclo productivo mediante estrategias de externalización y descentralización que distribuyen los riesgos entre varias empresas y/o trabajadores autónomos que colaboran con la empresa principal. Pero otras veces el riesgo se transfiere directamente a los trabajadores asalariados, a través de formas de empleo atípico o de mecanismos de gestión flexible de las condiciones de trabajo. Todo ello debilita la naturaleza tuitiva del contrato de trabajo y relativiza algunos de sus elementos distintivos (Fudge, 2006, pp. 610-618).

El trabajo por cuenta propia tampoco ha sido inmune a las transformaciones del mercado de bienes y servicios. La crisis del trabajo asalariado ha impulsado el florecimiento del empleo autónomo, pero a la vez su significativa transformación. Por un lado, las técnicas de fragmentación de la producción amplían las posibilidades de prestación de servicios por cuenta propia, pues con frecuencia las estrategias de externalización buscan la sustitución de empleo asalariado por empleo autónomo, con el consiguiente ahorro de costes y responsabilidades (Sundararajan, 2016, pp. 178-182). Pero la estrecha colaboración con

la empresa principal o con otras empresas contratistas o subcontratistas genera una fuerte dependencia que reduce la característica capacidad de autoorganización de este tipo de trabajo. Por otro lado, la alta tasa de desempleo estructural, agravada por la intensa destrucción del empleo asalariado en las recientes crisis económicas, ha contribuido al repunte del trabajo por cuenta propia, siendo muy significativa la propagación del autoempleo involuntario o de subsistencia (Adams, Freedman y Prassl, 2018, pp. 479-480). Por regla general, quienes desarrollan su actividad de esta manera no emprenden un auténtico proyecto empresarial, sino que se limitan a enajenar su fuerza de trabajo de forma similar a los trabajadores asalariados, es decir, con un alto grado de dependencia económica e incluso organizativa (Risak y Dullinger, 2018, p. 12).

Como resultado de esta erosión del modelo binario se asiste hoy a la proliferación de prestaciones de servicios que se sitúan en los límites entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo, difuminando las diferencias entre ambos. Sin duda la digitalización de las actividades económicas ha contribuido al engrosamiento de esas zonas grises, pues los nuevos modelos organizativos desafían los conceptos clásicos de subordinación o ajenidad. Pero, hasta el momento presente, el modo de prestar servicios en la economía digital es tan solo la llamativa punta de un iceberg bajo la que se aprecia un significativo reemplazo de numerosos trabajos tradicionalmente a cargo de asalariados por empleo autónomo (Cruz, 2018, p. 15; Rodríguez, 2018, pp. 441-454).

Todo ello ha contribuido a reactivar el viejo debate acerca de cuál debe ser el ámbito personal de protección de la legislación laboral. En términos generales, las alternativas para suplir las insuficiencias del modelo binario discurren por las mismas sendas que habían sido apuntadas en el pasado. Es decir, o bien se avanza hacia la extensión total o parcial de la legislación laboral a cierto tipo de trabajadores autónomos sobre los que pesa una fuerte dependencia, o bien se opta por la creación de una tercera categoría intermedia que atribuya a estos trabajadores un estatus de derechos específico¹.

Aunque el ámbito subjetivo de aplicación de la legislación laboral es una cuestión que compete a cada Estado, la estrecha conexión entre las economías nacionales aconseja una acción global o coordinada, sobre todo en el marco de la Unión Europea (UE). La eventual adopción de soluciones sensiblemente dispares por parte de los Estados miembros podría distorsionar el ejercicio de algunas libertades fundamentales, amén de provocar un sobrevenido desencaje de la armonización legislativa llevada a cabo durante décadas por las directivas sociales (Verhulp, 2017, p. 4).

La UE parece ser consciente del papel director que le corresponde asumir en el inevitable proceso de volver a alinear la legislación laboral con las formas de organización de las

¹ Ambas vías fueron ya expuestas en el célebre informe elaborado para la Comisión Europea por Supiot (1999, pp. 42-46).

prestaciones de servicios². Aunque ejecutar ese rol en la práctica no es tarea fácil, se han dado pasos relevantes tanto en el plano legislativo como en el jurisprudencial.

En el primero de ellos cabe mencionar la 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 UE, cuyo preámbulo anuncia su intención de englobar a todos aquellos que encajen en el concepto de trabajador acuñado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), aunque ocupen empleos atípicos o vinculados a la economía digital. Con todo, en el curso de la tramitación parlamentaria se evitó plasmar un concepto europeo de trabajador en el articulado. Es evidente que frente al impulso innovador de la propuesta originaria prevaleció el deseo de los Estados de preservar su soberanía para establecer las líneas distintivas entre trabajo autónomo y asalariado, aunque el texto definitivo contenga ciertas ambigüedades que dejan la puerta abierta a soluciones más audaces en el proceso de trasposición o de aplicación de la normativa resultante.

Por otro lado, en el plano jurisprudencial, el concepto de trabajador elaborado por el TJUE puede ser clave para dotar de ciertos derechos típicamente laborales a todas las personas que presten servicios con elevadas dosis de dependencia, al margen de cuál sea la naturaleza del contrato que da cobertura a esa prestación. El Tribunal de Justicia sigue teniendo en su mano la capacidad de hacer germinar siquiera algunas de las potencialidades que comprende el concepto de trabajador en conexión con las directivas sociales y con la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Como se intentará demostrar a lo largo de este trabajo, el despertar de algunos de los derechos sociales de la carta casi dos décadas después de su alumbramiento puede dar lugar a sinergias inesperadas que abran de forma inmediata la posibilidad de disfrute de estos derechos a un nutrido grupo de prestadores de servicios que no cuentan con la protección de la legislación laboral de los Estados miembros.

2. El concepto supranacional de trabajador y su fraccionado ámbito de aplicación

2.1. El trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libre circulación

Aunque numerosas normas del derecho de la UE se refieren a las relaciones de trabajo y atribuyen a los trabajadores derechos y libertades, no hay en el acervo jurídico europeo una definición general del ámbito subjetivo de aplicación de este conjunto normativo.

² Véase el preámbulo del Pilar europeo de derechos sociales, aprobado en la cumbre de Gotemburgo en noviembre de 2017, y el apartado 4 b) del Libro Verde «Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI», Bruselas, 22-11-2006, COM (2006) 708 final.

Ello se explica por la singular finalidad de esta organización supranacional, que es procurar el crecimiento económico de los Estados miembros mediante el establecimiento de las libertades fundamentales necesarias para construir un mercado interior³. No existe, por tanto, la pretensión de abordar de forma omnicompreensiva las relaciones de trabajo, sino tan solo aquellos aspectos de las mismas que resulten estratégicos para alcanzar los objetivos de crecimiento económico, en la estricta medida en que sea necesario, preservando por lo demás la soberanía de los Estados miembros. El resultado de esta particular aproximación a las relaciones de trabajo es una legislación social poco sistemática y marcada por una fuerte segmentación.

En líneas generales, el derecho social de la UE se ha desarrollado en dos grandes áreas (Miranda, 2009, pp. 104-107): la libre circulación de trabajadores y la política social⁴. La primera de ellas, en tanto que manifestación específica de la libre circulación de personas y parte integrante de las cuatro libertades fundamentales, constituye el ámbito nuclear del derecho social europeo. La actuación en esta materia ha sido asumida de forma prioritaria por la UE que, por su carácter supranacional, es la única capaz de asegurar su eficacia en todo el territorio de la Unión. En segundo término, las disposiciones sobre política social pretenden fomentar el empleo y la mejora de las condiciones de vida y trabajo, aunque a su vez tratan de allanar obstáculos para hacer efectiva la libre circulación de trabajadores y garantizar que las empresas puedan ejercer su derecho de establecimiento en cualquier Estado de la Unión, sin cortapisas derivadas de las legislaciones sociales internas. Para eliminar dichas trabas basta una armonización de mínimos en las materias enumeradas en los artículos 156 y 157 del TFUE, sin que sea necesario proceder a la unificación del nivel de protección de las relaciones de trabajo. Por eso, las competencias legislativas del título de política social son compartidas, de modo que, cuando así lo aconseje y permita el principio de subsidiariedad, la UE podrá elaborar directivas para orientar la actuación de los Estados, confiriéndoles un amplio margen de discrecionalidad para llevar a cabo la trasposición.

Esta disparidad en los objetivos, el contenido y las técnicas de regulación de las dos grandes áreas del derecho social de la UE explica la ausencia de un concepto legal de trabajador (Sánchez-Urán, 2017, pp. 59-61). Sin embargo, las dificultades surgidas en la aplicación práctica de la normativa han obligado al Tribunal de Justicia a llevar a cabo una intensa labor de aclaración conceptual.

Como era de esperar, la necesidad de delimitar con mayor exactitud el ámbito subjetivo de aplicación de este bloque normativo comenzó a sentirse respecto de la libre circulación de los trabajadores. Pronto se detectó que el ejercicio de esta libertad fundamental peligraba si se hacía depender del concepto interno de trabajador vigente en cada Estado miembro, pues las legislaciones nacionales podrían excluir a su arbitrio, y sin ningún control por parte de

³ Artículos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

⁴ Artículos 45 a 48 y 151 a 161 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

las instituciones europeas, determinadas categorías de personas⁵. Para remediarlo, el Tribunal de Justicia elaboró una noción supranacional de relación laboral vinculada al artículo 45 del TFUE que se define por que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo su dirección, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una remuneración⁶. Todo ello se completa con la exigencia de que la actividad profesional sea real y efectiva, es decir, no meramente marginal y con una finalidad lucrativa y productiva⁷. En resumidas cuentas, los elementos distintivos del concepto de trabajador a efectos de la libre circulación son tres: actividad económica real y efectiva, remuneración y subordinación.

No obstante, hay que advertir que el resultado de esta laboriosa jurisprudencia ha estado fuertemente condicionado por el contexto en el que se produce. Por un lado, la competencia cuasi exclusiva de la UE en materia de libre circulación de trabajadores confiere al Tribunal de Justicia una posición dominante para definir su ámbito subjetivo de aplicación. Por otro lado, puesto que la libre circulación de trabajadores es una de las libertades más accesibles para la ciudadanía y el correlato necesario de otras libertades fundamentales vinculadas al mercado interior, el tribunal impulsa una interpretación extensiva de su titularidad, a fin de favorecer su ejercicio en vez de privar de ella a los ciudadanos de la Unión⁸.

Así pues, el concepto de trabajador que emerge a través del prisma de la libre circulación es el de un individuo que se mueve por el territorio de la Unión realizando actividades productivas y lucrativas bajo la subordinación de terceros. Frente a la perspectiva clásica del derecho del trabajo, centrada en el desequilibrio entre las partes contratantes, el elemento esencial de este concepto supranacional de trabajador es la actividad productiva, pues el objetivo de las normas sobre libre circulación es proteger la libertad de los ciudadanos europeos para trabajar por cuenta ajena en todo el territorio de la Unión, y no establecer contrapesos para reequilibrar la posición contractual de las partes (Giubboni, 2018, pp. 224-225).

En todo caso, el tribunal también se ha apresurado a aclarar que este concepto de trabajador no es unívoco⁹. De hecho, aunque la coordinación de los sistemas de Seguridad Social es una de las manifestaciones de la libre circulación de trabajadores, no se ha extendido a ella el concepto jurisprudencial vinculado al artículo 45 del TFUE, sino que se maneja otro más amplio que comprende situaciones en las que, a pesar de no estar trabajando, se conserva la condición de trabajador a efectos del disfrute de ciertas prestaciones sociales¹⁰.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) de 23 de marzo de 1982, asunto 53/81, Levin, apartado 11.

⁶ STJCE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, Lawrie-Blum, apartado 17.

⁷ Entre muchas otras, STJCE de 8 de junio de 1999, asunto C-337/97, Meeusen, apartado 13.

⁸ Por todas, STJCE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, Lawrie-Blum, apartado 16.

⁹ STJCE de 12 de mayo de 1998, asunto C-85/96, Martínez Sala, apartado 31.

¹⁰ Sobre el concepto de trabajador en este último ámbito, véanse Sánchez-Rodas (2002, pp. 56-58) y Giubboni (2018, pp. 228-229).

2.2. El incompleto trasvase del concepto de trabajador a la política social

En comparación con la libre circulación de trabajadores, el proceso de delimitación del ámbito de aplicación *ratione personae* de la normativa sobre política social ha sido mucho más tardío y comedido por varias razones. En primer lugar, porque al no estar en juego de forma inmediata el ejercicio de una libertad fundamental, la precisión del ámbito de aplicación de las normas no ha presentado la misma urgencia. En segundo lugar, ninguna de las directivas sociales incluye entre sus objetivos la armonización de las nociones de trabajador, contrato de trabajo o relación laboral, ni siquiera de forma sectorial, limitada al ámbito de aplicación material de la directiva¹¹. Y, en tercer lugar, puesto que las competencias en política social son compartidas, la intervención europea, tanto legislativa como jurisprudencial, está sujeta al principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 5.3 del TUE. En consecuencia, solo si se estimase que la formulación jurisprudencial de un concepto supranacional de trabajador es necesaria para conseguir la armonización perseguida por las directivas, siendo insuficiente la actuación individual de los Estados miembros, el tribunal podría acometer esta labor.

Pero hay además otro elemento de suma importancia que ha condicionado la elaboración de un concepto de trabajador propio de la política social, y es que, a la hora de definir su ámbito de aplicación, la mayoría de las directivas sociales se remiten a las nociones de trabajador, contrato de trabajo o relación laboral vigentes en la legislación, los convenios colectivos o los usos internos de cada Estado miembro. Como se verá a continuación, solo tres directivas omiten cualquier referencia al concepto de trabajador, y únicamente la Directiva marco de seguridad y salud laboral incluye una noción supranacional de trabajador a efectos de su aplicación¹².

El hecho de que las directivas recurran a técnicas diversas para la delimitación de su ámbito de aplicación obstaculiza la construcción de un concepto unitario de trabajador en la política social. Sin embargo, la aproximación de las legislaciones podría verse perturbada si los Estados miembros llevasen a cabo la trasposición valiéndose de conceptos parcialmente diferentes de trabajador, lo que ha obligado al Tribunal de Justicia a acometer una labor de aclaración conceptual también en este contexto. Ahora bien, el alcance de esta intervención varía en función de si la directiva se remite a los sistemas jurídicos internos de los Estados miembros o no. Como es natural, la jurisprudencia ha sido más incisiva respecto de las directivas que guardan silencio en torno a esta cuestión y que por ello conforman un núcleo duro en el que ha conseguido arraigar un concepto supranacional de trabajador.

¹¹ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 17 de noviembre de 2016, asunto C-216/15, *Ruhrlandklinik*, apartado 31, así lo destaca en relación con la 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.

¹² Artículo 3 a) de la 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.

2.2.1. La normativa del núcleo duro: igualdad, tiempo de trabajo, protección de la maternidad y despidos colectivos

El Tribunal de Justicia ha indicado en numerosas ocasiones que el derecho de la Unión debe ser objeto de aplicación uniforme, de modo que, cuando una de sus disposiciones no remite al derecho de los Estados miembros en lo que respecta a un concepto concreto, este debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la UE, sin perjuicio de que tal interpretación deba efectuarse teniendo en cuenta el tenor de la disposición, su contexto y el objetivo de la normativa que la integra¹³. Justo esto es lo que ha sucedido en una serie de normas de la política social que, pese a establecer destacados derechos para los trabajadores, no contienen indicaciones acerca de su ámbito de aplicación personal. La disposición más notoria entre todas ellas es el artículo 157 del TFUE, sobre igualdad de retribución por razón de sexo, que es un principio general del derecho de la Unión con efecto directo¹⁴. Y en el derecho derivado se aprecia la misma omisión en la directiva sobre despidos colectivos, así como en dos directivas muy prominentes en materia de seguridad y salud, como son la de ordenación del tiempo de trabajo y la de seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia¹⁵.

En todas estas ocasiones, el tribunal deduce de la ausencia de indicaciones sobre el alcance subjetivo de las normas que el concepto de trabajador no puede ser objeto de una interpretación variable según los derechos nacionales, sino que tiene un alcance autónomo propio del derecho de la Unión¹⁶. Ahora bien, lo llamativo es que el tribunal no elabora una noción *ad hoc* para cada directiva o para todas ellas, sino que se limita a trasvasar a este ámbito el concepto que ya había acuñado para la libre circulación de trabajadores¹⁷.

¹³ SSTJUE de 25 de octubre de 2018, asunto C-260/17, Anodiki Services, apartado 25; 19 de diciembre de 2013, asunto C-279/12, Fish Legal y Shirley, apartado 42, y 19 de junio de 2018, asunto C-15/16, Baumeister, apartado 24, entre otras. También, STJCE de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, Allonby, apartado 64, respecto del concepto de trabajador y el principio de igualdad de retribución por razón de sexo.

¹⁴ STJCE de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75, Defrenne, apartado 40.

¹⁵ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos; Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y 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 periodo de lactancia.

¹⁶ Por ejemplo, STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-316/13, Fenoll, apartados 24 y 25.

¹⁷ Véanse las SSTJCE de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, Allonby, apartado 71, sobre igualdad de retribución; y 20 de septiembre de 2007, asunto C-116/06, Kiiski, apartado 25; y las SSTJUE de 11 de noviembre de 2010, asunto C-232/09, Danosa, apartado 39, sobre seguridad y salud de las mujeres embarazadas; 14 de octubre de 2010, C-428/09, Union syndicale Solidaires Isère, apartado 28, sobre ordenación del tiempo de trabajo; y 9 de julio de 2015, asunto C-229/14, Balkaya, apartado 50, sobre despidos colectivos.

Podría pensarse que la renuncia a formular un concepto de trabajador ajustado a la normativa social responde a una necesidad de coherencia interna del ordenamiento jurídico europeo. Pero lo cierto es que el Tribunal de Justicia no tuvo reparo en señalar bien pronto que el concepto de trabajador no es unívoco y en dotar de un concepto específico a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Es evidente que al situar una noción economicista de trabajador en el corazón de la política social se reafirma su sometimiento a los objetivos de crecimiento económico y se deja pasar la oportunidad de incorporar mayores dosis de justicia social a este ámbito del derecho europeo. Pero, paradójicamente, el recurso a un concepto supranacional de trabajador cuyo centro de gravedad no reposa en la subordinación, sino en la actividad productiva, puede contribuir a extender la protección dispensada por las directivas sociales al autoempleo precario que prolifera en los márgenes externos del derecho del trabajo.

2.2.2. La prudente extensión del concepto al resto de los ámbitos de la política social

La situación adquiere tintes muy diversos cuando las directivas sociales definen su ámbito de aplicación personal mediante la remisión al derecho de los Estados miembros¹⁸. Durante mucho tiempo ello ha impedido el recurso a un concepto supranacional de trabajador, en especial en determinadas áreas, pero recientemente el Tribunal de Justicia ha aprovechado ciertos resquicios para limitar el margen de discrecionalidad de los Estados miembros en favor de dicho concepto.

¹⁸ Artículo 2.1 d) y 2 de la 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; artículo 2.2 de la 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; cláusula 2.1 de la 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 GES; cláusula 2.1 de la 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; artículo 3.1 de la 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; artículo 1.1 de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral; artículo 2 d) de la 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. Hay que destacar la fórmula de compromiso a la que llega el artículo 2 de la reciente Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, a tenor del cual, la directiva se aplicará a todos los trabajadores con contrato de trabajo o relación laboral según el derecho interno del Estado miembro, «teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia».

Las directivas relativas a las crisis de empresa han conformado tradicionalmente un espacio reluctantante a la recepción de un concepto supranacional de trabajador, quizás porque ellas mismas advierten de que sus disposiciones no afectarán a las definiciones nacionales de trabajador o de relación laboral¹⁹. A lo largo del tiempo, el Tribunal de Justicia ha subrayado que estas directivas únicamente tratan de proteger los derechos de quienes ya tienen la condición de trabajador en sus Estados ante situaciones de insolvencia o traspaso de la empresa, por lo que no es aplicable aquí el concepto supranacional de trabajador acuñado para la libre circulación²⁰.

El enfoque ha sido diferente respecto de las directivas sobre empleo atípico, es decir, las que regulan el trabajo a tiempo parcial, temporal y la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal²¹. En este contexto, el Tribunal de Justicia ha corregido la exclusión de cierto perfil de trabajadores por parte de los Estados aduciendo que el margen de apreciación del que estos disponen para definir algunos de los conceptos básicos de tales directivas no es ilimitado, pues en ningún caso puede poner en peligro el efecto útil de la directiva ni los principios generales del derecho de la Unión, que conforman así una suerte de orden público europeo²². De hecho, la presencia en las directivas sobre empleo atípico del principio general del derecho de la Unión de igualdad de trato, esta vez entre trabajadores típicos y atípicos, refuerza considerablemente la posición del tribunal para promover cierta homogeneidad de su ámbito subjetivo de aplicación a nivel supraestatal, eludiendo la tacha de intervencionismo judicial.

Con todo, en los últimos años, han tenido lugar dos pronunciamientos que suponen un avance muy significativo para evitar que las legislaciones internas provoquen asimetrías en

¹⁹ Artículo 2.2 de la Directiva 2001/23/CE y artículo 2.2 de la Directiva 2008/94/CE.

²⁰ SSTJCE de 11 de julio de 1985, asunto C-105/84, Danmols Inventar, apartados 24 a 28; y 14 de septiembre de 2000, asunto C-343/98, Collino y Chiapero, apartados 37 y 38.

²¹ 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 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; y 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.

²² Las primeras trazas de esta línea argumental se encuentran en las Conclusiones del asunto Wippel, relativo a la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial, donde la abogada general invoca el deber de cooperación leal de los Estados miembros para garantizar la eficacia práctica de las directivas (Conclusiones de la abogada general, señora Juliane Kokott, de 18 de mayo de 2004, asunto C-313/02, Wippel, apdo. 45). Posteriormente, este argumento, con mención expresa al efecto útil de las directivas y al principio general de igualdad de trato, se incorpora a la STJUE de 1 de marzo de 2012, asunto C-393/10, O'Brien, también sobre la Directiva de trabajo a tiempo parcial (apdos. 34 a 42). En el contexto de la Directiva 1999/70, que recoge el Acuerdo marco sobre contratos de trabajo de duración determinada, se ha usado un argumento similar para incorporar a su ámbito de aplicación a los empleados públicos, en contra de lo dispuesto por algunos Estados. Véanse, por todas, la STJCE de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05, Del Cerro Alonso, apartados 27 a 29; y la STJUE de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, apartados 38 a 43.

la delimitación del ámbito de aplicación de estas directivas usando conceptos de trabajador demasiado restrictivos.

Por un lado, la sentencia Tümer aplica por primera vez a la Directiva sobre insolvencia empresarial el razonamiento de que el margen de apreciación de los Estados miembros para definir el término «trabajador asalariado» no es ilimitado, pues es preciso respetar la finalidad social de la directiva, que consiste en garantizar a todos los trabajadores una protección mínima en caso de insolvencia empresarial. De esta manera, el Tribunal de Justicia rompe su acostumbrado abstencionismo respecto de las directivas de crisis de empresa, extendiendo la norma europea a un ciudadano que, a pesar de reunir los requisitos para ser considerado trabajador en el Estado miembro en cuestión, no tenía tal condición a causa de su residencia ilegal²³.

Por otro lado, en el contexto de las directivas sobre empleo atípico, la sentencia *Ruhrlandklinik* va más allá que los anteriores pronunciamientos al invocar por primera vez el concepto europeo de trabajador. Según el Tribunal de Justicia, el hecho de que la Directiva 2008/104/CE, que regula el trabajo a través de empresas de trabajo temporal, afirme que sus disposiciones no menoscaban las definiciones estatales de trabajador, contrato de trabajo o relación laboral, solo significa que estas no son objeto de armonización. En consecuencia, no cabe interpretar esta acotación como una renuncia del legislador de la Unión a determinar por sí mismo el alcance de las nociones que delimitan el ámbito de aplicación *ratione personae* de la directiva, ni como una cesión unilateral a los Estados de esta capacidad. Por ello, el tribunal concluye que el concepto de trabajador abarca a toda persona que se halle en una relación laboral, tal y como esta ha sido definida por su propia jurisprudencia, y que esté protegida en el Estado miembro de que se trate, en relación con la actividad laboral que desempeñe²⁴.

El análisis realizado hasta aquí muestra que, a lo largo del tiempo y en las distintas áreas materiales de la normativa social, el Tribunal de Justicia ha buscado recursos para garantizar cierta simetría respecto de su ámbito de aplicación a nivel europeo. La remisión a las legislaciones estatales ha bloqueado la entrada del concepto supranacional de trabajador, de modo que han sido argumentos como el efecto útil de las directivas o el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación los que han servido para combatir algunas

²³ STJUE de 5 de noviembre de 2014, asunto C-311/13, Tümer, apartados 35 y 42 a 47. También respecto de la Directiva de traspaso de empresas puede apreciarse una intervención más decidida por parte del Tribunal de Justicia a favor de la ampliación de su ámbito de aplicación personal. Aunque no incide en el concepto de trabajador, véase, en este sentido, la STJUE de 20 de julio de 2017, asunto C-416/16, *Piscarreta Ricardo*, apartados 48 a 50, en la que el tribunal indica que un trabajador en excedencia ha de disfrutar de la protección dispensada por la directiva.

²⁴ En todo caso, el Tribunal de Justicia corrobora este novedoso razonamiento con la argumentación ya conocida sobre la necesidad de garantizar el efecto útil de la directiva y el principio de igualdad y no discriminación (STJUE de 17 de noviembre de 2016, asunto C-216/15, *Ruhrlandklinik*, apdos. 25 a 43).

restricciones del ámbito de aplicación llevadas a cabo por los Estados miembros. De las sentencias examinadas se desprende que la UE suele concebir el alcance de las nociones de trabajador, contrato de trabajo o relación laboral en términos más amplios que los Estados miembros. Por eso se aprecia una tendencia progresiva a limitar el margen de discrecionalidad de los Estados o incluso a incorporar a este conjunto de directivas el concepto supranacional de trabajador. Ello pone de manifiesto que el proceso de elaboración jurisprudencial de un concepto europeo de trabajador para las directivas sociales no puede darse por concluido.

3. La potencialidad del concepto supranacional de trabajador para hacer frente a los desafíos de las nuevas formas de empleo

La interpretación del ámbito de aplicación de las directivas sociales de acuerdo con un concepto supranacional de trabajador, de forma exclusiva o en combinación con las definiciones vigentes en los ordenamientos internos, no obliga a los Estados miembros a modificar su modo de delimitar el trabajo autónomo y el trabajo asalariado. Pero es obvio que la introducción más o menos abierta de un concepto supranacional de trabajador en la política social puede producir efectos muy trascendentes en la regulación interna de las relaciones de trabajo. Así, la superposición entre el derecho social de la UE y los derechos de los Estados miembros podría dar lugar a áreas protegidas más allá de los límites internos del trabajo asalariado cuando el concepto europeo de trabajador sea más amplio que el vigente en cada Estado miembro. En otras palabras, si el concepto supranacional de trabajador abarcase ciertas formas de empleo precario que careciesen de protección en los Estados miembros, o integrase alguna modalidad de trabajo económicamente dependiente considerado como autoempleo a nivel interno, los trabajadores en sentido europeo tendrían derecho a la protección dispensada por las directivas, aunque no fuesen considerados trabajadores asalariados en el marco estatal.

La potencialidad del concepto supranacional de trabajador para conformar un estatus de derechos típicamente laborales extensibles al empleo atípico resulta de extraordinario interés respecto de las nuevas formas de trabajo precario, muchas de ellas producto de la digitalización de la economía. El acceso por parte de estos trabajadores a la protección dispensada por las directivas sociales impulsaría *de facto* el reconocimiento de que toda prestación personal de servicios ha de estar respaldada por una serie de derechos mínimos, a partir de los cuales puede comenzar la construcción de un estatus profesional diferenciado para autónomos y asalariados.

El presente epígrafe pretende analizar la capacidad del concepto supranacional de trabajador para desplegar estos efectos. Hay dos elementos que juegan a favor de esta hipótesis. Por un lado, los amplios contornos del concepto de trabajador, que ha sido objeto de

una interpretación extensiva por parte del Tribunal de Justicia tanto en el marco de la libre circulación como en la política social, donde no se ha limitado a las directivas del núcleo duro, sino que ha alcanzado también a las restantes²⁵. De hecho, basta un breve examen de la jurisprudencia en esta materia para advertir que se trata de una categoría más amplia e inclusiva que las que operan en los ordenamientos internos. Y, por otro lado, la plena independencia del concepto acuñado a nivel europeo frente a los conceptos nacionales, que ha llevado al Tribunal de Justicia a señalar repetidamente que es irrelevante la calificación que merezca la prestación de servicios en el Estado miembro para determinar si una persona puede ser calificada o no como trabajador a efectos del derecho de la Unión²⁶.

3.1. La capacidad de absorción del empleo atípico

Durante sus más de 30 años de existencia, el concepto supranacional de trabajador ha demostrado una voraz capacidad para incorporar prestaciones de servicios que en los Estados miembros no tenían la consideración de relación laboral.

Ello ha sido posible gracias a la interpretación extensiva del concepto, reclamada ya por el Tribunal de Justicia en la sentencia Lawrie-Blum. Esta pauta interpretativa se ha puesto en práctica principalmente a través de la flexibilización de dos elementos del concepto europeo de trabajador: la actividad económica real y efectiva, por un lado, y la percepción de una remuneración, por otro. Como resultado de ello, se han calificado como laborales numerosas prestaciones de servicios caracterizadas por condiciones de trabajo muy atípicas, ya sea en función de la cantidad de horas de trabajo, de la distribución de la jornada, la duración de la actividad, la baja productividad o la compensación económica percibida.

La exigencia de que la actividad económica desarrollada sea real y efectiva está acotada por la temprana exclusión del concepto europeo de relación laboral de las actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio²⁷. No obstante, la concreción de qué actividades se engloban en esta excepción conlleva una alta dosis de incertidumbre, pues no se ha señalado un umbral, en función del tiempo de

²⁵ STJCE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, Lawrie-Blum, apartado 16. El ámbito de aplicación del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial también está concebido de manera extensiva, según ha afirmado el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 1 de marzo de 2012, asunto C-393/10, O'Brien, apartado 37.

²⁶ Entre otras muchas, SSTJCE de 20 de septiembre de 2007, C-116/06, Kiiski, apartado 26; 19 de noviembre de 2002, asunto C-188/00, Kurz, apartado 32; SSTJUE de 14 de octubre de 2010, C-428/09, Union syndicale Solidaires Isère, apartado 30; 26 de marzo de 2015, asunto C-316/13, Fenoll, apartados 30 y 31; y 17 de noviembre de 2016, asunto C-216/15, Ruhrländklinik, apartado 29.

²⁷ STJCE de 23 de marzo de 1982, asunto 53/81, Levin, apartado 17.

trabajo o de la retribución, por debajo del cual una actividad deba considerarse marginal y accesoria²⁸. Aunque la verificación de este extremo corresponde al órgano judicial remitente, que debe valorar de forma global y objetiva todas las circunstancias del caso²⁹, la jurisprudencia ha aportado criterios que sirven de guía en esta labor.

Con frecuencia las sospechas sobre el carácter marginal u ocasional de una actividad provienen de su acusada temporalidad, su carácter intermitente o la escasa duración de la jornada. Aunque todos ellos son indicios de marginalidad, ninguno de estos factores, por sí mismo, impide concluir que la persona que presta sus servicios en tales condiciones sea un trabajador a efectos del derecho de la UE. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia se ha valido de un criterio tan amplio que ni siquiera ha apreciado ocasionalidad cuando la prestación solo dura 4 días³⁰, o cuando, teniendo carácter estacional, únicamente puede alcanzar un máximo de 80 días al año³¹. Algunos pronunciamientos se refieren a formas de trabajo de una precariedad sorprendente, como la sentencia Raulin, dictada hace más de 25 años, que evoca las condiciones de trabajo de algunos trabajadores digitales, al indicar que «no se da ninguna garantía respecto a las horas que se van a trabajar y, a menudo, el interesado solo trabaja durante escaso número de días por semana o de horas por día»; además, este tipo de contrato «no obliga al empleado a acudir al llamamiento del empresario»³². Sin embargo, nada de esto logra excluir la consideración del señor Raulin como trabajador a efectos del derecho de la Unión. Algo similar sucede en el asunto Wippel, en el que se califica como trabajadora a una persona cuyo contrato no determina la duración de la jornada y su distribución, sino que estas se van concretando en función de la carga de trabajo, de mutuo acuerdo entre las partes³³.

La productividad también se ha tenido en cuenta para concluir si una actividad económica es real y efectiva, o si por el contrario tiene carácter marginal. Pero, una vez más, el criterio del Tribunal de Justicia ha sido amplio, integrando en el concepto de relación laboral las prestaciones de servicios con escasa productividad, bien porque se realizaban en el contexto de programas de inserción laboral para discapacitados, bien porque formaban

²⁸ Se lamenta de ello el órgano judicial remitente en la STJUE de 4 de febrero de 2010, asunto C-14/09, Hava Genc, apartado 29.

²⁹ Entre otras, STJCE de 6 de noviembre de 2003, asunto C-413/01, Ninni-Orasche, apartado 27; y STJUE de 1 de octubre de 2015, asunto C-432/14, O, apartados 26 y 27.

³⁰ STJUE de 1 de octubre de 2015, asunto C-432/14, O, apartados 22 a 26. Sobre el carácter temporal de la actividad, véanse también la STJCE de 6 de noviembre de 2003, asunto C-413/01, Ninni-Orasche, apartado 32, y la STJUE de 4 de junio de 2009, asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, Vatsouras y Koupatantze, apartados 29 a 32.

³¹ STJUE de 14 de octubre de 2010, C-428/09, Union syndicale Solidaires Isère, apartados 27 a 33.

³² STJCE de 26 de febrero de 1992, asunto C-357/89, Raulin, apartados 9 a 15.

³³ STJCE de 12 de octubre de 2004, asunto C-313/02, Wippel, apartados 35 a 40. Véase también la STJCE de 18 de julio de 2007, asunto C-213/05, Geven, apartado 27.

parte de prácticas profesionales³⁴. En consecuencia, el concurso de otra finalidad, además de la productiva y lucrativa, no impide que, a la vista de todas las circunstancias, la prestación de servicios pueda ser calificada como laboral.

Finalmente, el carácter limitado de la retribución, que podría plantear dudas sobre la marginalidad de la actividad, tampoco condiciona la calificación de una persona como trabajador, ni siquiera cuando los ingresos no cubran todas sus necesidades o sean inferiores al mínimo vital³⁵. Son particularmente interesantes los pronunciamientos en los que se plantea la incidencia del cobro de la retribución en especie sobre la naturaleza de la relación, como los asuntos Agegate, referido a la remuneración a la parte en la pesca³⁶, o Trojani, en el que la prestación de servicios a favor de una organización de beneficencia se retribuye mediante prestaciones en especie y algo de dinero en metálico para gastos corrientes³⁷. Ninguna de estas particularidades impide la calificación de los sujetos afectados como trabajadores.

Incluso puede decirse que el asunto Steymann plantea ya un supuesto remoto de economía colaborativa, en el que el demandante, perteneciente a una comunidad religiosa, efectúa a su favor trabajos domésticos y de fontanería, obteniendo a cambio la atención en especie de sus necesidades materiales. Pues bien, el Tribunal de Justicia consideró que había una actividad económica real y efectiva remunerada a través de una contraprestación indirecta y que, por tanto, el señor Steymann tenía la condición de trabajador³⁸.

Por último, recientemente, en el asunto Matzak, el Tribunal de Justicia ha atribuido la condición de trabajador a un bombero voluntario que, sin embargo, cobraba ciertas asignaciones y compensaciones por sus servicios³⁹.

Todos estos pronunciamientos muestran hasta qué punto el Tribunal de Justicia hace una interpretación flexible de dos de los elementos que conforman el concepto de trabajador a fin de lograr la aplicación del derecho de la UE. Pero, además, ponen de manifiesto

³⁴ STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-316/13, Fenoll, apartados 38 a 41. En sentido contrario, sin embargo, debido a la valoración de las circunstancias concurrentes, STJCE de 31 de mayo de 1989, asunto 344/87, Betray, apartado 20. Respecto de las prácticas profesionales, véanse las SSTJCE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, Lawrie-Blum, apartados 18 a 21; 26 de febrero de 1992, asunto C-3/90, Bernini, apartado 16; 19 de noviembre de 2002, asunto C-188/00, Kurz, apartados 32 a 36; y la STJUE de 6 de noviembre de 2018, asunto C-619/16, Kreuziger.

³⁵ SSTJCE de 23 de marzo de 1982, asunto 53/81, Levin, apartados 15 y 16; 14 de diciembre de 1995, asunto C-317/93, Nolte, apartado 19; 4 de junio de 2009, asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, Vatsouras y Koupatantze, apartado 27; 30 de marzo de 2006, asunto C-10/05, Mattern y Cikotic, apartado 22; y STJUE de 4 de febrero de 2010, asunto C-14/09, Hava Genc, apartado 24.

³⁶ STJCE de 14 de diciembre de 1989, asunto C-3/87, Agegate, apartados 34 a 36.

³⁷ STJCE de 7 de septiembre de 2004, asunto C-456/02, Trojani, apartado 22.

³⁸ STJCE de 5 de octubre de 1988, asunto 196/87, Steymann, apartados 4 y 11 a 14.

³⁹ STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15, Matzak, apartados 14 y 28 a 31.

cómo esa interpretación extensiva predispone a la inclusión en el concepto supranacional de trabajador del empleo atípico, en especial de aquellas prestaciones de servicios que en ocasiones se sitúan al margen del ordenamiento laboral en los Estados miembros a causa de su carácter ocasional, intermitente, escasamente productivo, sin una planificación previa de la carga de trabajo, la jornada o los horarios, sin un compromiso mutuo de dar trabajo o aceptarlo, con una remuneración ínfima o incluso sustituyendo esta por un intercambio de prestaciones en especie. Numerosos empleos de la *gig economy* responden a uno o varios de los patrones citados (Prassl, 2018, pp. 11-29 y 71-91). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia evidencia que esos elementos de precariedad operan desde hace mucho tiempo en el mercado del empleo y que su concurrencia no interfiere en la calificación de una relación como laboral. El desafío de los nuevos empleos de la economía digital no está, por tanto, en su innovación respecto de la articulación de las condiciones de trabajo, sino más bien en su capacidad para aglutinar múltiples elementos de precariedad y conformar con ellos un modelo de empleo exportable a cualquier sector de actividad que resulta difícil de aprehender para los ordenamientos laborales. El concepto supranacional de trabajador puede contribuir a frenar esa escalada.

3.2. Incertidumbres en torno a la integración del trabajo autónomo económicamente dependiente

El concepto supranacional de trabajador reproduce el modelo binario de trabajo asalariado y trabajo autónomo propio de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Como indica la sentencia Allonby, el legislador no ha tenido intención de incluir en el concepto de trabajador a quienes prestan servicios independientes, sin estar ligados por un vínculo de subordinación al prestatario de los servicios⁴⁰. Y es que, de los tres elementos que conforman la noción supranacional de trabajador, solo la subordinación cualifica al trabajador por cuenta ajena frente al trabajador por cuenta propia, que también recibe un pago por los servicios prestados y realiza una actividad económica real, pero no se somete a la dirección de un tercero⁴¹.

No obstante, la contraposición entre trabajo autónomo y trabajo asalariado en el derecho de la UE adquiere ciertas notas distintivas que se derivan del ejercicio de las libertades fundamentales. Así, en el plano de la libre circulación estas categorías no son antagónicas, sino más bien complementarias. Tanto el trabajador asalariado como el autónomo llevan a cabo una actividad económica real, que es la clave que los convierte en actores de pleno derecho en la construcción y buen funcionamiento del mercado interior, como titulares de la libre circulación de trabajadores, en un caso, o de la libre prestación de servicios y del derecho de

⁴⁰ STJCE de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, Allonby, apartado 68.

⁴¹ SSTJCE de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jany y otras, apartado 34; y 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-151/04 y C-152/04, Durré, apartado 31. Véase Giubboni (2018, p. 227).

establecimiento, en el otro. En consecuencia, la eventual consideración de que una persona que realiza una actividad real y efectiva no es trabajador asalariado, sino autónomo, no le impide circular libremente por el territorio de la Unión ejerciendo su actividad profesional⁴².

Por el contrario, en el plano de la política social, la atribución a un prestador de servicios de la condición de trabajador desencadena la aplicación de un bloque normativo protector que no tiene parangón en el empleo autónomo, pese a que la UE se ha preocupado por algunos aspectos profesionales del mismo, como la igualdad de trato entre mujeres y hombres y, en menor medida, la seguridad y salud en la actividad profesional o la protección social⁴³. La desprotección del trabajo autónomo, y, en particular, del trabajo económicamente dependiente, sitúa el foco de atención sobre el elemento de subordinación de la noción supranacional de trabajador. Pero, al no tener una vinculación estrecha con la libre circulación, este elemento no ha sido objeto de un análisis jurisprudencial tan minucioso como el relativo a la actividad económica real y efectiva, siendo algo más escasos los pronunciamientos que se centran en la subordinación.

Al igual que sucede con el resto de los elementos que conforman el concepto supranacional de trabajador, la apreciación de si concurre o no subordinación es una operación altamente casuística que requiere el análisis objetivo y la valoración conjunta de todos los datos y circunstancias que caracterizan las relaciones entre las partes⁴⁴. No obstante, el Tribunal de Justicia, a través de sus resoluciones, ha ido desvelando los indicios que permiten apreciar la existencia de subordinación.

Las primeras sentencias que analizaban la subordinación solían vincularla con el poder de dirección empresarial. Concretamente, se centraban en el hecho de estar bajo la dirección y la supervisión de un tercero que impone el contenido del trabajo, da instrucciones para su ejecución, y determina el horario y lugar de prestación del servicio⁴⁵. Además, el

⁴² STJCE de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jany y otras, apartado 34; y Kountouris (2018, p. 200).

⁴³ Véase la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo, así como la Recomendación del Consejo de 18 de febrero de 2003, relativa a la mejora de la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos (2003/134/CE), y la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera. La preocupación por garantizar una protección social adecuada a los trabajadores autónomos se ha manifestado recientemente en la Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, Estrasburgo, 13-3-2018, COM (2018) 132 final.

⁴⁴ STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C-47/14, Holterman Ferho, apartado 46.

⁴⁵ SSTJCE de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, Allonby, apartado 72; y 26 de febrero de 1992, asunto C-357/89, Raulin, apartados 9 y 10.

trabajador asalariado, al contrario que el autónomo, no participa en los riesgos comerciales de la empresa y no puede contratar a sus propios ayudantes⁴⁶. Sin embargo, la posibilidad de que el trabajador rechace la realización de una prestación específica de servicios ofrecida por el empresario es irrelevante para determinar si existe subordinación laboral o no⁴⁷.

Con el paso del tiempo, este enfoque estricto ha ido cediendo espacio a una concepción más amplia, centrada en la integración del trabajador en una organización empresarial, con la que forma una unidad económica⁴⁸. El recurso a la dependencia organizativa permite englobar en el concepto de trabajador formas de trabajo que se ejecutan con una amplia libertad de decisión y planificación. La sentencia Sindicatul Familia Constanța, en la que se dilucida si quienes se dedican profesionalmente al acogimiento familiar de menores pueden ser calificados como trabajadores, evidencia que en los empleos no estándar los indicios tradicionales de subordinación relativos al lugar de trabajo, al horario o a las instrucciones recibidas del empresario no sirven para determinar si concurre este requisito. En este supuesto, en el que las personas acogedoras llevan a cabo con autonomía las labores cotidianas de cuidado de los menores acogidos, la subordinación se concreta en la supervisión y evaluación de sus actividades por parte de la Administración pública competente⁴⁹.

Por consiguiente, el poder de supervisión, control, sanción y cese adquiere una enorme relevancia como indicio de subordinación cuando el prestador de servicios goza de una dilatada autonomía⁵⁰. En las sentencias Danosa y Balkaya, en las que se debate la condición de trabajadores de los miembros del órgano de dirección de una sociedad de capital, el Tribunal de Justicia reconoce que estas personas disponen de un margen de apreciación en el ejercicio de sus funciones superior al de otros trabajadores, pero ello no implica la ausencia de subordinación. Por el contrario, para verificar esta circunstancia es preciso examinar las condiciones en las que han sido contratados, la naturaleza de sus funciones y el marco en el que se ejercen, el alcance de sus facultades, el control al que están sometidos, así como las circunstancias en las que pueden ser destituidos⁵¹. En ambos pronunciamientos, el sometimiento de los afectados a una junta de socios que los ha nombrado,

⁴⁶ STJCE de 14 de diciembre de 1989, asunto C-3/87, Agegate, apartado 36.

⁴⁷ SSTJCE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, Lawrie-Blum, apartado 18; y 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, Allonby, apartado 72.

⁴⁸ STJCE de 16 de septiembre de 1999, asunto C-22/98, Becu, apartado 26; y STJUE de 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13, FNV Kunsten, apartados 36 y 37.

⁴⁹ STJUE de 20 de noviembre de 2018, asunto C-147/17, Sindicatul Familia Constanța, apartados 45 y 46.

⁵⁰ En el asunto Haralambidis, el TJUE aprecia la subordinación del presidente de una autoridad portuaria nombrado por una autoridad gubernamental, ya que algunas de sus decisiones requieren la aprobación del ministerio y además puede ser sancionado o cesado si no cumple sus funciones de forma eficiente (STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C-270/13, Haralambidis, apdos. 30 a 32).

⁵¹ SSTJUE de 11 de noviembre de 2010, asunto C-232/09, Danosa, apartado 47; y 9 de julio de 2015, asunto C-229/14, Balkaya, apartado 38.

que supervisa su actividad y puede decidir su cese en cualquier momento constituye una prueba clara de subordinación, siendo calificada la relación como laboral⁵².

Un último efecto de la flexibilización del elemento de subordinación es la inclusión en el concepto supranacional de trabajador de personas que en el Estado en el que desempeñaban su actividad tenían la consideración de trabajadores autónomos, como muestran los asuntos Allonby, FNV Kunsten y King. Los tres casos tienen en común que la prestación de servicios de forma autónoma es el resultado de una estrategia empresarial de descentralización productiva que persigue un ahorro de costes. De hecho, la señora Allonby llevaba varios años trabajando para una empresa del sector educativo cuando esta decidió extinguir su contrato, ofreciéndole la oportunidad de ser contratada como trabajadora autónoma a través de una agencia de intermediación. La similitud del supuesto con las fórmulas actuales de descentralización, con o sin plataformas digitales como intermediarias, es patente.

Además, todos estos casos versan sobre trabajadores autónomos sin asalariados a su servicio y sin una organización empresarial propia, que simplemente enajenan su fuerza de trabajo –como docente en el caso Allonby, como instalador de ventanas en el caso King y como músicos sustitutos en el caso FNV Kunsten–. Y en los dos primeros la prestación de servicios se realizaba para un único cliente.

Ante tales circunstancias, el Tribunal de Justicia entiende que la independencia de estos trabajadores es ficticia, sugiriendo que quizás la contratación mercantil pretenda evitar la aplicación de normas administrativas, tributarias o laborales. En consecuencia, las personas afectadas son trabajadores a efectos del derecho de la UE⁵³. La apreciación de la nota de subordinación en supuestos como estos, en los que una misma empresa cuenta con trabajadores autónomos y asalariados realizando prácticamente las mismas funciones, debe incluir una comparación acerca de la forma en la que ejecutan su trabajo unos y otros, a fin de comprobar si hay diferencias significativas en cuanto a la determinación de su lugar

⁵² SSTJUE de 11 de noviembre de 2010, asunto C-232/09, Danosa, apartados 44 a 51; y 9 de julio de 2015, asunto C-229/14, Balkaya, apartados 34 a 43. A estas sentencias se suman otras, en las que, siguiendo el mismo criterio, el tribunal señala que para determinar si hay o no subordinación en la relación de un socio administrador con la sociedad hay que examinar su capacidad para influir en el órgano de administración de la sociedad, de modo que, si esta es insignificante, habrá que concluir que existe subordinación (SSTJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C-47/14, Holterman Ferho, apdo. 47; y 11 de abril de 2019, asunto C-603/17, Bosworth y Hurley, apdos. 30 a 33).

⁵³ STJCE de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, Allonby, apartado 71. En el asunto FNV Kunsten, el tribunal apunta al órgano judicial interno esta posibilidad (STJUE de 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13, FNV Kunsten, apdo. 38). Por último, en la sentencia King –STJUE de 29 de noviembre de 2017, asunto C-214/16–, el tribunal no explica por qué se considera que el litigante es un trabajador asalariado a efectos del derecho de la UE, pero lo cierto es que el órgano judicial remitente asume ya esta calificación y no pregunta por la naturaleza del vínculo en la cuestión prejudicial. El abogado general, señor Evgeni Tanchev, se congratula por este reconocimiento en el apartado 28 de sus Conclusiones presentadas el 8 de junio de 2017.

de trabajo, horarios, tipo de trabajo, tareas o encargos, o capacidad para seleccionar a sus propios colaboradores, que pudieran ser indicativas de una independencia que justifique su calificación como trabajadores por cuenta propia⁵⁴.

En definitiva, los pronunciamientos examinados a lo largo de este epígrafe muestran que el concepto supranacional de trabajador permite extender algunos derechos laborales a determinados sujetos que en los Estados miembros tienen la condición de autónomos. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes son los que mejor responden al perfil que podría quedar bajo la cobertura del derecho social europeo, pero hay que advertir que el Tribunal de Justicia no ha prescindido de la nota de subordinación, ni la ha degradado a una mera dependencia económica (Risak y Dullinger, 2018, p. 44). Con todo, al ser la interpretación de la subordinación sumamente laxa, quien enajena su fuerza de trabajo para un único cliente establece con él una relación tan estrecha que probablemente pueda probar la concurrencia de diversos indicios de subordinación, como la recepción de instrucciones muy precisas, o la sujeción a los estrictos poderes de supervisión y control del cliente –muy usuales cuando las nuevas tecnologías son la herramienta de trabajo–, o la aplicación de mecanismos penalizadores a modo de sanción por el deficiente desempeño del trabajo. Además, cuando el trabajo autónomo responde a la externalización de parte del ciclo productivo, puede que el trabajador esté en condiciones de demostrar que forma con la empresa una única unidad económica. Sin duda, el grado de subordinación al que están sujetos muchos autónomos económicamente dependientes respecto de su cliente principal es muy superior al que se describe en las sentencias Danosa, Balkaya o Haralambidis en relación con administradores sociales o altos directivos considerados por el tribunal como trabajadores.

Así pues, aunque no se haya producido una integración explícita de trabajadores autónomos económicamente dependientes en el concepto supranacional de trabajador, esta puede producirse siempre que se aporten indicios de dependencia organizativa. De momento, la valoración debe hacerse en cada supuesto concreto, a la vista de las circunstancias del caso y sin que puedan extraerse reglas generales. Pero el concepto supranacional de trabajador encierra esta potencialidad y habrá que estar expectantes para comprobar hasta qué punto el Tribunal de Justicia está dispuesto a llevarla a la práctica (Kountouris, 2018, p. 212).

3.3. Dificultades para hacer efectivos los derechos vinculados al concepto supranacional de trabajador

Se ha dicho hasta aquí que la posibilidad de que el concepto supranacional de trabajador sea más amplio que el que opera en los Estados miembros puede situar a un conjunto de personas que no tienen derechos laborales bajo la protección dispensada por las normas

⁵⁴ SSTJUE de 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13, FNV Kunsten, apartado 37; y 10 de septiembre de 2014, asunto C-270/13, Haralambidis, apartado 33.

sociales europeas. Así les sucedió a los litigantes en casi todas las sentencias que se han examinado en los dos epígrafes anteriores. Sin embargo, no resulta fácil lograr el reconocimiento de esos derechos en el plano interno, pues ello depende de la fuente que los regule.

Al estar recogidos en disposiciones del derecho originario claras, precisas e incondicionales, los principios de libre circulación o igualdad de retribución por razón de sexo gozan de eficacia directa vertical y horizontal⁵⁵. Ello significa que los derechos que confieren pueden ser invocados ante los tribunales internos y que, además, esos derechos son oponibles frente al Estado –eficacia vertical– y frente a otros sujetos privados, como el empleador –eficacia horizontal–, debiendo quedar inaplicadas las disposiciones internas contrarias a ellos, en caso de que sea necesario. Por consiguiente, el reconocimiento de que una persona tiene la condición de trabajador a efectos del derecho de la UE garantiza automáticamente la posibilidad de ejercitar estos derechos.

El problema, por tanto, no se da en el marco de la libre circulación, sino en el de la política social, pues en este ámbito las normas que reconocen derechos a favor de los trabajadores se sitúan en el derecho derivado y son directivas. El Tribunal de Justicia niega como regla general la eficacia directa de las directivas por varias razones. Por una parte, porque son normas que obligan a los Estados y no a los particulares; y, por otra parte, porque, al ofrecer un amplio margen de discrecionalidad para adaptar las legislaciones internas, sus disposiciones no siempre reúnen los requisitos de claridad e incondicionalidad que exige el efecto directo (Sarmiento, 2018, pp. 306-307). Todo ello dificulta en extremo el planteamiento de una reclamación judicial por parte de quien, no siendo trabajador en el derecho interno, sí pueda serlo a efectos de una o más directivas sociales.

No obstante, de manera excepcional, la jurisprudencia admite que una directiva pueda ser directamente invocada por un particular cuando el Estado haya incumplido sus deberes de trasposición, o haya llevado a cabo la trasposición de forma incorrecta, acarreando un perjuicio para los particulares (Alonso, 2003, pp. 132-136). Es obvio que esta facultad excepcional está condicionada a que los preceptos de la directiva que se invocan sean suficientemente claros, precisos e incondicionales, pues de lo contrario no podrían tener efecto directo⁵⁶.

⁵⁵ SSTJCE de 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74, Van Duyn; y 8 de abril de 1976, asunto 43/75, Defrenne.

⁵⁶ Por ejemplo, en el ámbito de la política social, el Tribunal de Justicia ha aplicado en varias ocasiones esta doctrina para reconocer efecto directo a diversos artículos de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre ordenación del tiempo de trabajo. Concretamente, reconoce este efecto al artículo 6, relativo a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal (STJCE de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer y otros, apdos. 102 a 106; y STJUE de 14 de octubre de 2010, asunto C-243/09, Fuß, apdo. 59); al artículo 16 b), sobre el periodo de referencia para establecer la duración máxima del tiempo de trabajo semanal (STJCE de 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98, SIMAP, apdo. 70); y al artículo 7, sobre derecho de vacaciones anuales retribuidas (STJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, Domínguez, apdos. 32 a 36; y 6 de noviembre de 2018 –Gran Sala–, asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16, Bauer y Broßonn, apdo. 73).

Aunque las directivas sociales no obligan a trasponer un concepto de trabajador, ni a armonizar las legislaciones en este sentido, los Estados miembros están obligados a garantizar los derechos reconocidos en ellas a quienes sean trabajadores a efectos del derecho de la UE, con independencia de la naturaleza de su relación en el derecho interno, especialmente si se trata de las directivas del núcleo duro en las que opera el concepto supranacional de trabajador. Por tanto, si en tales circunstancias la persona no está incluida en las normas que llevan a cabo la trasposición, hay un incumplimiento estatal, de modo que el particular podría invocar la directiva ante los órganos judiciales internos.

Así pues, en estos supuestos, en los que pueden quedar comprendidas algunas formas de empleo precario, es posible interponer una demanda solicitando el reconocimiento de la condición de trabajador en el sentido del derecho de la Unión, con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, subsiguientemente, la tutela de ciertos derechos recogidos en una o más directivas sociales. Ahora bien, incluso si el órgano judicial interno reconociese la condición de trabajador conforme a los criterios de la jurisprudencia europea, la garantía de los derechos laborales no sería fácil, por las siguientes razones.

En primer lugar, el órgano judicial está obligado a aplicar las normas internas que regulan la cuestión, interpretándolas de conformidad con la directiva de que se trate, y resolviendo así por vía hermenéutica la contradicción entre el derecho interno y el derecho de la UE⁵⁷. Pero la interpretación conforme no siempre es posible, pues, según el tribunal, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su derecho nacional está limitada por los principios generales del derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del derecho nacional⁵⁸. Si, por ejemplo, las normas internas que trasponen las directivas sociales excluyen tajantemente de su ámbito de aplicación a los trabajadores autónomos, no resulta claro que pudiera encontrarse una interpretación conforme con el derecho de la Unión para incluir en el ámbito de aplicación de esa norma a los trabajadores autónomos que, sin embargo, sean trabajadores a efectos del derecho de la Unión⁵⁹.

⁵⁷ Véase la pionera STJCE de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, Von Colson, apartados 26 a 28. Según el TJUE:

El principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (SSTJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, Domínguez, apdo. 27; y 6 de noviembre de 2018 –Gran Sala–, asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16, Bauer y Broßonn, apdo. 67).

⁵⁸ SSTJUE de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16, Bauer y Broßonn, apartados 25 a 27 y 64 a 69; y 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, Domínguez, apartado 25.

⁵⁹ Sin embargo, la doctrina suele convenir en que el reconocimiento de los derechos regulados en la Directiva 98/59/CE a los miembros de consejos de administración de sociedades de capitales en aplicación

Si no fuese posible la interpretación conforme, la única solución pasa por que el órgano judicial deje inaplicada la norma interna y aplique directamente los preceptos de la directiva que regulan los derechos laborales en cuestión. Pero esto no sería factible si la aplicación de la directiva comportase la exigencia de obligaciones a otros particulares, pues las relaciones horizontales no se incluyen en esta atribución excepcional de efecto directo derivada de la falta de trasposición o de la trasposición incorrecta⁶⁰. Por consiguiente, si la prestación de servicios tuviese lugar a favor de una empresa privada, el reconocimiento de que el sujeto, por su condición de trabajador a efectos del derecho de la UE, se encuentra en el ámbito de aplicación *ratione personae* de la directiva, no serviría para inaplicar el derecho interno y hacer exigibles sus derechos laborales. Solo si el empleador fuese el Estado, la Administración pública, un organismo o entidad sometido a la autoridad o al control del Estado, o que disponga de facultades exorbitantes para efectuar un servicio de interés público, podría generarse el efecto directo –en este caso vertical– debido a falta de trasposición o trasposición incorrecta⁶¹.

Esta posibilidad de eficacia directa de las directivas no es de gran utilidad en el supuesto que se está planteando, que es la integración del autoempleo precario en el ámbito de aplicación de las directivas de la política social, pues las técnicas de externalización y digitalización que han hecho proliferar trabajadores autónomos con una intensa dependencia que se limitan a enajenar su fuerza de trabajo se dan principalmente en el sector privado, aunque no cabe excluir que este tipo de empleo esté presente a menor escala en el marco de la Administración pública o de empresas públicas.

de la doctrina del asunto *Balkaya* puede hacerse mediante una interpretación conforme del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En este sentido, Cabeza (2017, p. 502) y Martínez (2018, pp. 199-204).

⁶⁰ Esta doctrina fue acuñada en la STJUE de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84, *Marshall*, apartado 48. Más recientemente, el tribunal ha señalado que:

[...] ampliar la invocabilidad de una disposición de una directiva no traspuesta, o traspuesta de manera incorrecta, al ámbito de las relaciones entre los particulares equivaldría a reconocer a la Unión Europea la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando únicamente tiene dicha competencia en los casos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos [...].

Concluyendo que «ni siquiera una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entablado exclusivamente entre particulares» (SSTJUE de 7 de agosto de 2018, C-122/17, *Smith*, apdos. 42 y 43; y 6 de noviembre de 2018 –Gran Sala–, asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16, *Bauer y Broßonn*, apdos. 76 y 77).

⁶¹ Por todas, STJUE de 10 de octubre de 2017, asunto C-413/15, *Farrell*, apartado 34. Buen ejemplo de ello en relación con el derecho de vacaciones anuales retribuidas del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE se encuentra en la STJUE de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16, *Bauer y Broßonn*, apartados 70 a 78.

Finalmente, aún restaría una última alternativa para dotar de efecto directo pleno –vertical y horizontal– a las disposiciones de las directivas sociales. En algunos pronunciamientos recientes se ha ido consolidando una jurisprudencia a tenor de la cual, cuando algún precepto de una directiva claro, preciso e incondicional concreta un principio general del derecho de la Unión, este puede transmitir su eficacia directa a dicho precepto, que incluso podría ser aplicado en litigios entre particulares⁶². El problema es que esta jurisprudencia ha tenido un alcance muy restringido, pues hasta ahora solo ha operado en relación con el principio de no discriminación por razón de edad, concretado en la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación.

En definitiva, son numerosas las dificultades prácticas a las que se enfrentaría una reclamación de derechos laborales basada en el reconocimiento de la condición de trabajador a efectos del derecho de la UE. A pesar de que los órganos judiciales internos están obligados a aplicar el derecho de la Unión, buscando su total garantía en virtud del principio de primacía, un litigio como el que se ha sugerido en este epígrafe comporta un alto grado de incertidumbre respecto de sus resultados, debido a las limitaciones de la interpretación conforme y a la complejidad de la doctrina del efecto directo cuando es aplicada a las directivas.

No obstante, la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la eficacia directa horizontal de algunos derechos de la CDFUE puede abrir una nueva vía para la defensa efectiva de los derechos sociales en el autoempleo precario.

4. Hacia un concepto «social» de trabajador: mirando al futuro a través de la CDFUE

Al reflexionar sobre los ámbitos en los que se ha implantado el concepto supranacional de trabajador, se advierte en todos ellos la presencia de libertades fundamentales –en especial, la libre circulación de trabajadores–, o principios generales del derecho de la Unión, como el principio de igualdad y no discriminación. El Tribunal de Justicia se ha valido de la poderosa relevancia de estas disposiciones, ubicadas en el corazón del derecho europeo, para determinar de forma rotunda su ámbito subjetivo de aplicación, sin sujeción a lo que los Estados miembros consideren o no como trabajadores en sus respectivos ordenamientos.

De esta manera se ha tratado de suplir la carencia de un enfoque constitucional sobre la persona y, en concreto, sobre el trabajador, más allá de su consideración como protagonista del mercado interior en virtud de su libre circulación (Giubboni, 2018, p. 234). Ahora bien, la

⁶² STJCE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold, apartados 74 a 77; SSTJUE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Küçükdeveci, apartados 50 y 51; y 19 de abril de 2016, asunto C-441/14, Dansk Industri (DI), apartado 43.

incorporación de la CDFUE al derecho originario puede introducir una nueva perspectiva⁶³, pues en ella se recogen diversos derechos fundamentales de los trabajadores capaces de impulsar una reelaboración jurisprudencial del concepto supranacional de trabajador que lo dote de mayor contenido social y refuerce su predicamento en la delimitación del ámbito de aplicación de la política social.

Pese a todo, la carta tampoco define el ámbito personal de aplicación de los derechos fundamentales de los que pueden disfrutar los trabajadores, incurriendo en ciertas ambigüedades que dan a entender que el alcance personal de cada derecho puede ser diferente.

Así, el artículo 33.2 de la CDFUE indica que «toda persona» tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental por nacimiento o adopción. La expresión apunta a que estos derechos corresponden a todas las personas económicamente activas, con independencia de que desarrollen su actividad por cuenta propia o por cuenta ajena. En cambio, en los artículos 27 y 28 de la CDFUE, sobre información y consulta, y negociación y acción colectiva, respectivamente, se aprecia una concepción mucho más estricta, pues estos derechos se atribuyen a «los trabajadores». El hecho de que se trate de derechos colectivos clásicos del entorno laboral refuerza la impresión de que en este caso la carta se refiere única y exclusivamente a los trabajadores asalariados⁶⁴.

Por último, en un tercer nivel de delimitación del ámbito subjetivo de aplicación se encuentran los artículos 30 y 31 de la CDFUE, que atribuyen a «todo trabajador» el derecho de protección frente al despido injustificado y el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas, que se concreta en la seguridad y salud en el trabajo y la limitación de la jornada laboral. La terminología incluye aquí un matiz que extiende el ámbito subjetivo de aplicación de tales derechos más allá del radio personal de «los trabajadores», sin llegar a

⁶³ Recuérdese que la carta fue elaborada por una convención constituida únicamente con ese fin, siendo proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Sin embargo, no adquirió carácter vinculante hasta su incorporación al derecho originario mediante el Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009. A partir de ese momento, el artículo 6.1 del TUE atribuye a la carta el mismo valor jurídico que los tratados. Su tardía entrada en vigor explica que el uso y aplicación de la carta en las sentencias del Tribunal de Justicia sea muy reciente, estando aún pendientes de determinación numerosos aspectos relevantes relativos a su alcance y efectos en el ordenamiento jurídico de la UE y en los de los Estados miembros.

⁶⁴ En el contexto europeo, la extensión de la negociación colectiva a los trabajadores autónomos económicamente dependientes es un asunto delicado a causa de las implicaciones que podría tener respecto del derecho a la libre competencia del artículo 101 del TFUE. Véase, en este sentido, la STJUE de 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13, FNV Kunsten. En todo caso, el hecho de que el artículo 28 de la CDFUE atribuya solo a los trabajadores asalariados un derecho fundamental a la negociación colectiva no impide que los ordenamientos nacionales puedan reconocer a los trabajadores autónomos económicamente dependientes derecho a concluir acuerdos colectivos, siempre que no se vulnere el derecho a la competencia. Véase, sobre este tema, Barrios (2017).

alcanzar la definición extensa de «toda persona». Parece, pues, que se pretende proteger toda aquella prestación de servicios en la que se enajena personalmente la fuerza de trabajo, bien bajo la subordinación del empresario, bien con autonomía organizativa limitada y dependencia económica. La interpretación amplia que hace el Tribunal de Justicia del concepto de despido⁶⁵ allana el camino para considerar que el derecho a no ser despedido injustificadamente comprende también las extinciones unilaterales y sin causa de los contratos de los trabajadores autónomos económicamente dependientes⁶⁶.

Téngase en cuenta, además, que los derechos fundamentales enunciados en estos dos últimos preceptos son precisamente los que se manifiestan en las directivas que no remiten a las legislaciones internas de los Estados para la definición de su ámbito de aplicación subjetivo, por lo que es previsible que, al hacerse operativos, estos derechos fundamentales contribuyan a expandir el radio de protección de tales directivas a los trabajadores autónomos económicamente dependientes⁶⁷.

En todo caso, hay dos factores que hacen prever una inminente delimitación jurisprudencial más precisa del ámbito subjetivo de aplicación de los derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos por la carta. El primero de ellos es la estrecha conexión de ciertos derechos con las materias de la política social en las que se aplica la noción supranacional de trabajador. Y el segundo es el efecto directo horizontal de algunos derechos fundamentales confirmado recientemente por el TJUE.

4.1. El ámbito subjetivo de los derechos fundamentales de los trabajadores: más allá de las directivas de política social

El artículo 51 de la CDFUE advierte de que la carta no amplía ni modifica las competencias definidas por los tratados, de modo que sus disposiciones vinculan a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión». Aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha hecho una interpretación amplia de esta acotación, lo cierto es que para que los derechos fundamentales entren en juego en un área material concreta es preciso que la UE tenga competencias respecto de esa área y que, de manera más o menos explícita, haya hecho uso de ellas⁶⁸. Todo esto significa que los derechos

⁶⁵ SSTJUE de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14, Pujante Rivera, apartado 55; 21 de septiembre de 2017, asunto C-149/16, Socha, apartados 25 y 28; y de la misma fecha, asunto C-429/16, Ciupa, apartados 26 y 31.

⁶⁶ A favor de esta conclusión, Robin-Olivier (2017, p. 9).

⁶⁷ En este mismo sentido, Bogg (2014, pp. 851-852).

⁶⁸ Sobre la interpretación amplia del ámbito de aplicación de la carta, véase la paradigmática STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, Åkerberg Fransson, apartados 17 a 29.

fundamentales de la carta no pueden operar «por sí mismos», sino que lo hacen en el marco de la aplicación del derecho de la Unión (Ward, 2014).

Como se ha dicho anteriormente, el ámbito de la política social que recibió el concepto de trabajador forjado para la libre circulación fue el de las directivas que no incorporan un concepto de trabajador ni remiten en este punto a la legislación de los Estados miembros. Por lo tanto, las materias en las que se ha implantado con mayor solidez el concepto supranacional de trabajador son la ordenación del tiempo de trabajo, la igualdad de remuneración por razón de sexo, la protección de la mujer embarazada o en periodo de lactancia y la protección de los trabajadores en caso de despido colectivo. Pues bien, todas estas áreas están conectadas con diversos derechos fundamentales de la carta, lo que confirma su carácter nuclear en el derecho social de la UE. Así, el artículo 31 de la CDFUE enuncia los derechos fundamentales a la protección de la seguridad y salud en el trabajo, a la limitación de la jornada laboral y a vacaciones periódicas retribuidas; los artículos 21 y 23 recogen los derechos fundamentales a la no discriminación y a la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución; el artículo 33.2 contiene indicaciones relativas a la protección de la maternidad; y, por último, el artículo 30 garantiza la protección frente al despido injustificado.

La progresiva incorporación de la carta a las decisiones del Tribunal de Justicia, tanto como criterio hermenéutico como en calidad de norma aplicable en virtud de su efecto directo, permite pronosticar que las sentencias que a partir de ahora asuman la labor de delimitar el concepto de trabajador en dichos ámbitos materiales tendrán también en cuenta la concurrencia de los derechos fundamentales que encuentran su expresión a través del derecho derivado⁶⁹.

Sucede algo semejante respecto de las directivas sociales que remiten a los ordenamientos internos para la determinación de su ámbito personal de aplicación. Muchas de ellas tienen evidentes conexiones con derechos fundamentales de los trabajadores. Por ejemplo, la Directiva 2001/23/CE, de traspasos de empresas, desarrolla el derecho a la información y consulta de los trabajadores del artículo 27 de la CDFUE; y además, junto con la Directiva 2002/74/CE, relativa a la insolvencia del empresario, está relacionada con el artículo 30 de la CDFUE, sobre protección contra el despido injustificado. Por otra parte, tanto la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, como la Directiva 89/391/CEE, de seguridad y salud en el trabajo, están vinculadas al artículo 31 de la CDFUE, sobre condiciones de trabajo justas y equitativas. Finalmente, la Directiva (UE) 2019/1158 es un evidente desarrollo del artículo 33 de la CDFUE, sobre el derecho fundamental a la vida familiar y profesional. Otras directivas, como la 1997/81/CE y la 1999/70/CE, relativas al trabajo temporal y a tiempo parcial, están conectadas con los

⁶⁹ Así ha sucedido ya en la STJUE de 20 de noviembre de 2018, asunto C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța*.

artículos 21 y 23 de la carta a través del principio de igualdad y no discriminación con los trabajadores indefinidos y a tiempo completo.

La aplicación de todas estas directivas y de sus disposiciones de trasposición adquiere una nueva significación en la medida en que entren en juego derechos fundamentales de los trabajadores, pues en tal caso estos deberán garantizarse a quien tenga la condición de trabajador en el derecho de la Unión, con independencia de cuál sea la naturaleza de su relación en el derecho interno. Esta fuerza adicional inyectada por los derechos fundamentales en todas o algunas disposiciones de las directivas sociales probablemente será un argumento más a favor de la operatividad del concepto supranacional de trabajador incluso en las directivas que remiten tal cuestión a los ordenamientos internos, dando un nuevo impulso a la interpretación ya anticipada en la sentencia *Ruhrlandklinik*.

En definitiva, aunque habrá que estar atentos a las evoluciones jurisprudenciales futuras, es muy probable que los derechos fundamentales de los trabajadores actúen como catalizadores de la expansión del ámbito de aplicación personal del derecho social europeo (Kountouris, 2018, p. 218).

En este escenario es razonable reivindicar la extensión del concepto de trabajador a ciertas formas de trabajo autónomo dependiente en aquellas materias respaldadas por derechos fundamentales en las que la UE ha manifestado expresamente su preocupación por los trabajadores por cuenta propia, como la seguridad y salud en el trabajo y la igualdad por razón de sexo. Asimismo, como ya se dijo antes, el tenor literal de los artículos 30 y 31 de la CDFUE parece atribuir también a los trabajadores autónomos económicamente dependientes los derechos fundamentales a no ser despedidos de forma injustificada, a la seguridad y salud en el trabajo, a la limitación de la jornada laboral y a vacaciones anuales retribuidas. Por último, el empleo atípico debería estar comprendido en la esfera de protección de los derechos fundamentales aplicables a los trabajadores⁷⁰. La confirmación de este extremo vendría a satisfacer las peticiones del Parlamento Europeo que, con base en la CDFUE, ha solicitado que los derechos a la limitación de la jornada máxima, a descansos diarios y semanales mínimos y a vacaciones anuales retribuidas se garanticen a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores «a la carta», los que ocupan empleos marginales a tiempo parcial y los trabajadores en régimen de externalización abierta o *crowdworkers*⁷¹.

⁷⁰ En cierto modo, la STJUE de 20 de noviembre de 2018, asunto C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța*, parece corroborar esta sugerencia, ya que, desde luego, el empleo de las personas que trabajan como acogedores familiares profesionales no es precisamente un empleo típico.

⁷¹ Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221 (INI)), DOUE de 19 de septiembre de 2018 (C-334/88), apartado 36. El apartado 38 también solicita la garantía del derecho fundamental a la formación profesional para los trabajadores atípicos, y en especial para los que prestan servicios en el marco de la economía digital. En torno a esta resolución, véase Casas (2017, pp. 867-882).

Esta petición del Parlamento, junto con la fuerza vinculante de los derechos fundamentales de la carta, adquieren especial interés respecto de las exclusiones y excepciones previstas en numerosas directivas sociales, que expulsan total o parcialmente de su radio de protección a determinados empleos –por regla general marginales o de sectores de actividad específicos–⁷².

A este respecto, la sentencia *Test-Achats* ya ha mostrado que un derecho fundamental de la carta puede provocar la invalidez de una disposición de una directiva que resulte incompatible con él. Se trataba en ese caso del artículo 5.2 de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, que, como excepción a la norma general de primas y prestaciones de seguro independientes del sexo, otorgaba a determinados Estados miembros la facultad de decidir la autorización de diferencias proporcionadas en casos justificados por datos actuariales y estadísticos. La posibilidad de que esta excepción pudiese mantenerse ilimitadamente se consideró contraria al objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres e incompatible con los artículos 21 y 23 de la carta, quedando declarada la invalidez del precepto⁷³.

La importancia creciente que están adquiriendo los derechos fundamentales como herramientas jurídicas del derecho de la Unión debe impulsar un análisis minucioso de todas las excepciones previstas en las directivas sociales, a fin de verificar su compatibilidad con los derechos fundamentales de los trabajadores que resulten aplicables. En este sentido, se han manifestado dudas acerca de la cláusula 2.2 de la Directiva 97/81/CE, sobre el trabajo a tiempo parcial, que permite a los Estados miembros excluir de su ámbito de aplicación a los trabajadores a tiempo parcial que trabajen de manera ocasional, aunque impone la obligación de revisión periódica de tales excepciones. El mantenimiento de esta cláusula y el uso ilimitado que pueden hacer de ella los Estados miembros constituye un obstáculo para la protección de los trabajadores de la economía digital, donde es frecuente el exhaustivo fraccionamiento de las prestaciones de servicios. Por consiguiente, es preciso valorar la compatibilidad de la norma con el derecho fundamental de todos los trabajadores a unas condiciones de trabajo justas y equitativas, así como con los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, no solo respecto de los trabajadores a tiempo completo, sino también frente a los trabajadores a tiempo parcial que gozan de la protección de la directiva (*Robin-Olivier*, 2017, p. 9)⁷⁴.

⁷² Llama la atención sobre esta circunstancia, Sánchez-Urán (2017, pp. 97-98).

⁷³ STJUE de 1 de marzo de 2011, asunto C-236/09, *Test-Achats*, apartados 24 a 34.

⁷⁴ En todo caso, hay que recordar que para que entren en juego los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación es preciso que las situaciones que se comparan sean análogas, y el TJUE no siempre estima que exista esta analogía entre el empleo típico y el atípico o marginal. Sobre esta cuestión véase la STJUE de 1 de octubre de 2015, asunto C-432/14, *O*, apartados 29 a 40.

Pero, incluso en los casos en los que se considerase que la excepción es conforme con los derechos fundamentales de la carta, estos podrían ofrecer un grado de protección adicional a los trabajadores excluidos del ámbito de aplicación de la directiva en cuestión. Así lo demuestra la reciente sentencia *Sindicatul Familia Constanța*. En ella, aunque se reconoce la condición de trabajadores a efectos del derecho de la UE a las personas que se dedican profesionalmente al acogimiento familiar de menores, se confirma su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo, por considerar esta regulación incompatible con la finalidad del servicio, que es acoger e integrar en su hogar a un menor y velar de manera continua por su educación y desarrollo armonioso⁷⁵.

Ahora bien, aunque la directiva no sea aplicable, el Tribunal de Justicia recuerda que, en virtud del artículo 31 de la CDFUE, «todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas», y que, si bien el artículo 52.1 de la CDFUE admite que puedan establecerse limitaciones a los derechos fundamentales, deben respetarse los estrictos requisitos que impone y, en particular, el contenido esencial del derecho. Es decir, aunque no se les aplica la directiva, la carta garantiza a estos trabajadores los derechos fundamentales a los descansos necesarios y a vacaciones, que han de ser tutelados por la legislación interna, como se encarga de verificar el Tribunal de Justicia⁷⁶.

Por consiguiente, el contenido esencial de los derechos fundamentales de los trabajadores conforma un bloque de protección absoluto e intocable que ha de respetarse en todas las relaciones laborales, incluso en aquellas que estén total o parcialmente excluidas del ámbito de aplicación de las directivas que hacen efectivos esos derechos fundamentales. Cuál sea el contenido esencial de cada derecho es algo que ha de ir aclarando el Tribunal de Justicia. Por ejemplo, en la sentencia *Sindicatul Familia Constanța* se entiende que el hecho de que el contrato de acogimiento familiar contenga indicaciones relativas al tiempo libre de los trabajadores y les permita, previa autorización, disfrutar de vacaciones sin el menor acogido, garantiza el contenido esencial del derecho. Sin embargo, otros pronunciamientos recientes señalan que vulnera el contenido esencial del derecho a vacaciones anuales retribuidas una norma interna según la cual este derecho se extingue a la conclusión del periodo de devengo cuando el trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones⁷⁷.

⁷⁵ STJUE de 20 de noviembre de 2018, asunto C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța*, apartados 69 a 76. Se aplica la excepción prevista en el artículo 1.3 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

⁷⁶ STJUE de 20 de noviembre de 2018, asunto C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța*, apartados 83 a 87.

⁷⁷ SSTJUE de 20 de noviembre de 2018, asunto C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța*, apartados 84 y 85; y 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16, *Bauer y Broßonn*, apartado 59. También, de la misma fecha que esta última, véase la sentencia dictada en el asunto C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, apartado 54.

4.2. La eficacia directa horizontal de los derechos fundamentales de los trabajadores

El segundo factor que sin duda obligará a una mayor concreción del ámbito subjetivo de aplicación de los derechos fundamentales de los trabajadores es el reciente despertar de varios derechos fundamentales muy vinculados a las relaciones de trabajo a través del reconocimiento de su efecto directo horizontal. Este paso de gigante en la concreción del valor jurídico de los derechos fundamentales de la carta abre las puertas para su aplicación masiva en el ámbito de las relaciones laborales.

Al igual que las disposiciones de los tratados, los derechos de la carta que sean claros, precisos e incondicionales tienen eficacia directa, es decir, confieren derechos a los particulares que pueden ser invocados ante los tribunales internos. Pero hay que tener en cuenta que, a tenor del artículo 52.5, la carta no solo enuncia derechos, sino también principios, y estos últimos no gozan de eficacia directa, pues el citado precepto dispone que «solo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad» de los actos que los desarrollan⁷⁸. El problema es que la carta no identifica expresamente los derechos y los principios, y aunque las Explicaciones ofrecen algunas pistas (Sarmiento, 2018, pp. 201-202), habrá que esperar a que el Tribunal de Justicia vaya revelando cuál es la naturaleza de cada disposición.

De hecho, respecto de las disposiciones relativas a las relaciones de trabajo, el tribunal ya ha señalado que el artículo 27 de la CDFUE, sobre información y consulta de los trabajadores en la empresa, expresa un principio que para producir efectos debe ser precisado por el derecho de la Unión o los ordenamientos internos, careciendo de eficacia directa⁷⁹. Y lo mismo se ha dicho del artículo 26 de la CDFUE, sobre integración de las personas discapacitadas⁸⁰.

Otra cuestión adicional es frente a quién se pueden invocar los derechos fundamentales dotados de eficacia directa, si únicamente frente al Estado –eficacia vertical– o también frente a particulares –eficacia horizontal–, que de esta forma quedarían obligados por la carta a respetarlos en las relaciones privadas. El artículo 51.1 de la CDFUE, que es el que describe el ámbito de aplicación de la carta, no aclara completamente esta cuestión, pues si bien se dirige a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros, no menciona a los particulares, lo que en ocasiones ha dado pie a considerar que los derechos fundamentales de la carta son únicamente prerrogativas del individuo frente al poder público (Sarmiento, 2018, pp. 201-202). Este tema adquiere sustancial relevancia en el ámbito del derecho del

⁷⁸ Sobre la compleja distinción entre principios y derechos, véase Peers y Prechal (2014, pp. 1.505-1.511).

⁷⁹ STJUE de 15 de enero de 2014, asunto C-176/12, Association de médiation sociale, apartados 44 a 49.

⁸⁰ STJUE de 22 de mayo de 2014, asunto C-356/12, Glatzel, apartado 78.

trabajo, ya que la mayor parte de las relaciones laborales se dan entre sujetos privados, de modo que, si los derechos fundamentales solo tuviesen eficacia vertical, ello limitaría drásticamente su incidencia práctica.

Pues bien, en una serie de resoluciones recientes, el Tribunal de Justicia ha dejado zanjada esta cuestión a favor de la eficacia directa vertical y horizontal de los derechos fundamentales de la carta. En la sentencia Egenberger, el tribunal vincula el principio general del derecho de la Unión a la no discriminación –en este caso por razón de religión en el entorno laboral– con el derecho fundamental del artículo 21 de la CDFUE para afirmar terminantemente la eficacia vertical y horizontal de este último⁸¹. Pese a la gran importancia de este pronunciamiento, la conclusión era previsible, pues en sentencias anteriores no solo se había declarado el efecto horizontal del principio general a la no discriminación –si bien por razón de edad–, sino también su capacidad para contagiar este efecto a ciertas disposiciones de una directiva, por lo que hubiera resultado ilógico negárselo al artículo 21 de la CDFUE⁸². Ahora bien, es cierto que la sentencia introduce un matiz novedoso al señalar que la prohibición de discriminación puede provocar «por sí sola» ese efecto directo. Esta expresión, con la que el tribunal da a entender que dicho efecto proviene del propio derecho fundamental y no del principio general que lo respalda, es muy relevante, pues de ella se infiere el estatus constitucional del derecho fundamental a la no discriminación, intuyéndose también respecto del resto de los derechos fundamentales de la carta.

De todos modos, el verdadero punto de inflexión lo marca la sentencia Bauer y Broßonn, en la que se hacen explícitas las novedades veladamente sugeridas en la sentencia Egenberger. En Bauer, el Tribunal de Justicia reconoce el efecto directo del derecho fundamental a vacaciones anuales retribuidas del artículo 31.2 de la CDFUE; pero, además, cuando se pregunta por su eficacia horizontal, el tribunal afirma que el hecho de que el artículo 51.1 de la CDFUE no aborde la cuestión de si los particulares pueden resultar directamente obligados a cumplir determinadas disposiciones de la carta no puede interpretarse en el sentido de que excluya de manera sistemática tal eventualidad⁸³. Esta interpretación resulta trascendental por dos razones. En primer lugar, porque, al traer a colación el artículo 51.1 de la carta como fuente de eficacia directa horizontal, el tribunal desliga esta eficacia del hecho de que el derecho fundamental pueda incorporar un principio general del derecho de la UE, confirmando así lo que parecía apuntar la sentencia Egenberger. En otras palabras, la eficacia

⁸¹ STJUE de 17 de abril de 2018, asunto C-414/16, Egenberger, apartados 76 y 77. En el mismo sentido, las posteriores SSTJUE de 11 de septiembre de 2018, asunto C-68/17, IR; y 22 de enero de 2019, asunto C-193/17, Cresco, apartados 76 a 80.

⁸² STJCE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold, apartados 74 a 77; SSTJUE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Küçükdeveci, apartados 50 y 51; y 19 de abril de 2016, asunto C-441/14, Dansk Industri (DI), apartado 43.

⁸³ STJUE de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16, Bauer y Broßonn, apartados 85 y 87.

directa horizontal de los derechos fundamentales de la carta proviene de su pertenencia al bloque constitucional de la UE, y, por lo tanto, es una eficacia de la que gozan todas las disposiciones que incorporen derechos –no así principios– suficientemente claros, precisos e incondicionales, incluso aunque tales derechos no estén conectados con un principio general del derecho de la UE, como sucede con el derecho fundamental a las vacaciones.

En segundo lugar, la lectura del artículo 51.1 de la CDFUE que propone el Tribunal de Justicia es extraordinariamente relevante porque no solo afecta al derecho a vacaciones anuales retribuidas⁸⁴, sino que se extiende a todos los derechos fundamentales de la carta con eficacia directa⁸⁵, permitiendo concluir que esta es plena, esto es, tanto vertical como horizontal.

Está por ver qué derechos fundamentales aplicables a las relaciones de trabajo gozan de eficacia directa, además del derecho a la no discriminación y a las vacaciones. Parece que esta debería predicarse del derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, del derecho a protección contra cualquier despido por causa de la maternidad, así como del derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental por nacimiento o adopción. Más dudas comporta el derecho de protección contra el despido injustificado, o los derechos de acción colectiva, como la huelga, pues, al no tener la UE competencias en estas materias o no haberlas ejercitado, es improbable que se puedan dar situaciones en las que los Estados miembros apliquen el derecho de la Unión, requisito material esencial que el artículo 51.1 exige para desencadenar la operatividad de los derechos fundamentales y evitar una invasión transversal de las competencias exclusivas de los Estados a través de la aplicación de los derechos fundamentales de la carta⁸⁶.

La jurisprudencia sobre la eficacia directa horizontal de la carta sitúa de un plumazo los derechos fundamentales de los trabajadores en la arena de las relaciones laborales, donde ya pueden operar con carácter imperativo, no solo generando derechos exigibles judicialmente, sino también creando obligaciones para los particulares, que han de respetar los derechos fundamentales en juego⁸⁷. Este nuevo panorama, impensable antes de la sentencia Bauer y Broßonn, aunque largamente solicitado por buena parte de la doctrina, puede y debe comportar un cambio muy sustancial en la garantía de ciertos derechos fundamentales y su exigibilidad en las relaciones de trabajo. Esto resultará especialmente útil cuando

⁸⁴ En España, el Tribunal Supremo negó el efecto directo horizontal del derecho a vacaciones anuales retribuidas en una sentencia cuya doctrina, evidentemente, deberá ser corregida (STS de 8 de junio de 2016, rec. 207/2015, FJ 11.º).

⁸⁵ En este sentido, Rodríguez-Piñero (2019, pp. 9-10).

⁸⁶ En torno al artículo 30 de la CDFUE, véase la STJUE de 5 de febrero de 2015, asunto C-117/14, Poclava. Y, por lo que se refiere a los derechos colectivos, hay opiniones encontradas: a favor de su eficacia directa, Sarmiento (2018, p. 203), y en contra, Nogueira (2017, p. 151).

⁸⁷ STJUE de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16, Bauer y Broßonn, apartados 83, 84 y 90; y Rodríguez-Piñero (2019, p. 8).

el prestador de servicios no encuentre protección jurídica en su derecho interno, pero pueda acceder a ella en el derecho de la UE, al amparo del concepto de trabajador y de los derechos fundamentales atribuidos a este en la carta.

Ciertamente, la eficacia directa horizontal de los derechos fundamentales ofrece a los trabajadores atípicos una posibilidad inédita de reclamar su efectividad ante los órganos judiciales internos. Es decir, todo aquel que entienda que, por su condición, encaja en el concepto supranacional de trabajador, con independencia de cuál sea su estatus en el derecho interno, puede demandar ante la jurisdicción de su Estado a otro particular para hacer efectivos sus derechos fundamentales con eficacia directa. Pero, además, en caso de que se aprecie la contradicción entre el derecho interno y el de la UE y no sea posible solucionarla mediante una interpretación conforme, la eficacia directa del derecho fundamental obliga al juez a dejar de aplicar la norma interna sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, solucionando el litigio de acuerdo con el derecho de la UE⁸⁸. Es más, para garantizar de manera inmediata la eficacia del derecho fundamental, el tribunal ha insistido en la obligación del juez de inaplicar la norma interna incluso aunque no tenga competencias para ello en virtud de su ordenamiento⁸⁹.

No cabe duda de que la atribución de eficacia directa horizontal a los derechos sociales de la carta es hasta ahora la actuación más decisiva en la promoción del Pilar europeo de derechos sociales. Con ella emerge una nueva forma de articulación entre el ordenamiento social de la UE y los ordenamientos internos que deja a la vista un bloque constitucional de derechos básicos mínimos. La posibilidad de que ese bloque proteja a todos aquellos que enajenan su fuerza de trabajo, con mayor o menor dependencia, en favor de un tercero, solo espera para materializarse el arrojamiento de alguien que reclame ante los órganos judiciales internos, por ejemplo, la compensación económica por las vacaciones no disfrutadas, como hizo en su momento Mr. Conley King⁹⁰.

⁸⁸ SSTJUE de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16, Bauer y Broßonn, apartado 91; de la misma fecha que la anterior, sentencia dictada en el asunto C-684/16, Max-Planck-Gesellschaft, apartado 80; y de 17 de abril de 2018, asunto C-414/16, Egenberger, apartado 79.

⁸⁹ STJUE de 22 de enero de 2019, asunto C-193/17, Cresco, apartado 80.

⁹⁰ El Tribunal de Justicia reconoció a este trabajador autónomo al servicio de un único cliente el derecho a percibir a cargo del mismo una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas durante los 13 años que duró su relación mercantil, al considerar que se trataba de un trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE. Además, advirtió de que se oponen al derecho de la UE las legislaciones que impidan aplazar hasta la conclusión del contrato la reclamación de la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas a causa de la negativa del empresario, de modo que en tales supuestos la acción no prescribe (STJUE de 29 de noviembre de 2017, asunto C-214/16, King, apdos. 52 y 58 a 65). La eficacia horizontal del derecho fundamental a las vacaciones anuales retribuidas permite hoy plantear este tipo de litigios ante las jurisdicciones de los Estados miembros y obtener una respuesta inmediata.

Referencias bibliográficas

- Adams, A., Freedman, J. y Prassl, J. (2018). Rethinking legal taxonomies for the gig economy. *Oxford Review of Economic Policy*, 3(34), 475-494.
- Alonso García, R. (2003). *El juez español y el derecho comunitario*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Barnard, C. (2012). *EU Employment Law* (4.^a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Barrios Baudor, G. L. (2017). La negociación colectiva profesional en el ámbito del trabajo autónomo económicamente dependiente desde la perspectiva del derecho de la competencia. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 127, 63-94.
- Bogg, A. (2014). Article 31: Fair and Just Working Conditions. En S. Peers, T. Hervey, J. Kenner y A. Ward (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (pp. 833-868). Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Cabeza Pereiro, J. (2017). Interpretación conforme, eficacia directa y otras técnicas al servicio de la primacía del derecho de la Unión Europea en el entorno de una legislación laboral contradictoria con las directivas de política social. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6, 491-503.
- Casas Baamonde, M. E. (2017). Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas. ¿Hacia un trabajo digno? *Derecho de las Relaciones Laborales*, 9, 867-882.
- Cruz Villalón, J. (2018). El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo. *Revista de Derecho Social*, 83, 13-44.
- Freedland, M. (2016). The Contract of Employment and the Paradoxes of Precarity. *University of Oxford Legal Research Paper Series*, 37, 1-23.
- Fudge, J. (2006). Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation. *Osgoode Hall Law Journal*, 4(44), 609-648.
- Giubboni, S. (2018). Being a worker in EU law. *European Labour Law Journal*, 3(9), 223-235.
- Kountouris, N. (2018). The Concept of «Worker» in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope. *Industrial Law Journal*, 2(47), 192-225.
- Martínez Moreno, C. (2018). El concepto de trabajador. En M. E. Casas Baamonde y R. Gil Alburquerque (Dirs.), *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* (pp. 187-205). Madrid: Lefevre-El Derecho.
- Miranda Boto, J. M. (2009). *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Nogueira Guastavino, M. (2017). La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una lectura social de sus disposiciones generales. En Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Balance y perspectivas de la política laboral y social europea. XXVII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 69-239). Madrid: Cinca.
- Peers, S. y Prechal, S. (2014). Article 52: Scope and Interpretation of Rights and Principles. En S. Peers, T. Hervey, J. Kenner y A. Ward (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (pp. 1.455-1.521). Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Prassl, J. (2018). *Human as a service. The promise and perils of work in the gig economy*. Oxford: Oxford University Press.

- Risak, M. y Dullinger, T. (2018). The concept of «worker» in EU law. Status quo and potential for change. *European Trade Union Institute-Report*, 140, 1-66.
- Robin-Olivier, S. (2017). The Scope of the Directives on Atypical Employment: Perspectives and Challenges. *Thematic Working Paper: Annual Conference of the European Centre of Expertise (ECE) «The Personal Scope of Labour Law in Times of Atypical Employment and Digitalisation»*. European Commission, 1-10.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2019). El efecto directo del derecho a vacaciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1, 1-16.
- Rodríguez Rodríguez, E. (2018). Las consecuencias de la descentralización productiva sobre el concepto de trabajador. En M. López Balaguer (Coord.), *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo* (pp. 441-454). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez-Rodas Navarro, C. (2002). El concepto de trabajador por cuenta ajena en el derecho español y comunitario. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 37, 37-60.
- Sánchez-Urán Azaña, Y. (2017). Concepto de trabajador. En J. García Murcia (Dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia* (pp. 45-103). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Sarmiento, D. (2018). *El derecho de la Unión Europea* (2.ª ed.). Barcelona: Marcial Pons.
- Sundararajan, A. (2016). *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Supiot, A. (1999). *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Paris: Flammarion.
- Verhulp, E. (2017). The Notion of «Employee» in EU-Law and National Laws. *Thematic Working Paper: Annual Conference of the European Centre of Expertise (ECE) «The Personal Scope of Labour Law in Times of Atypical Employment and Digitalisation»*. European Commission, 1-10.
- Ward, A. (2014). Article 51: Field of Application. En S. Peers, T. Hervey, J. Kenner y A. Ward (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (pp. 1.413-1.454). Oxford and Portland: Hart Publishing.