

EL CONCEPTO DE TRABAJADOR EN EL CONTEXTO DE LA PROTECCIÓN FLEXIBLE DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA UNIÓN EUROPEA ¹

M^a Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Profesora Titular, Acreditada como Catedrática, UCM

Resumen

Si la europeización del Derecho del Trabajo pudiera definirse como respuesta equilibrada entre el Derecho de la UE y los sistemas jurídicos nacionales de los Estados Miembros en la configuración de este sector del ordenamiento jurídico, convendríamos en afirmar que una de las cuestiones trascendentales a resolver es la relativa al significado del concepto de trabajador y, en consecuencia, la delimitación del ámbito de cobertura de las normas protectoras laborales. Desde esta perspectiva concreta se plantea la general sobre interrelación entre dos sistemas normativos, el de la UE y los nacionales de los EMs, en base al principio de primacía del Derecho de la UE y sus límites; se afronta un estudio sistemático de la jurisprudencia del TJUE al efecto y se atisban algunas propuestas de futuro.

Abstract

The Europeanization of Labor Law could be defined as a balanced response between EU law and MSs' national legal systems in the building of EU Labor Law.

We would agree that one of the key issues is the concept of worker/employee and, consequently, the delimitation of the scope of the protective labour standards coverage. From this perspective, there is a general discussion on the interrelationship between two normative systems; also, on the EU Law' primacy principle and its limits. A systematic study of the CJEU's Cases Law is handled and some proposals for the future are envisaged.

Palabras Clave: Derecho de la UE; Derecho del Trabajo; Concepto de Trabajador; Interrelación Derecho UE y Derecho Nacional; Principio de primacía

Key Words: EU Law; Labour Law; Worker; Employee; Primacy Principle; Interrelationship between EU Law and MSs Law

I. INTRODUCCIÓN

La velocidad del cambio en la organización del trabajo como resultado de los avances de la tecnología (hoy estamos inmersos en el debate del impacto de la Robótica en el trabajo²), de la globalización en la producción y servicios (que se ha traducido en el Derecho del Trabajo transnacional³), de la privatización de bienes y servicios, de la descentralización y

¹ Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto del Plan Nacional I+D+I DER2013-45781

² ACEMOGLU, D. y RESTREPO, P.: *Robots and Jobs: Evidence from us Labor Markets*, Working Paper 23285, <http://www.nber.org/papers/w23285>; Parlamento Europeo: *Robots e inteligencia artificial: el PE pide normas europeas*. <http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/plenary/2017-02-13/8>

³ Véase OJEDA-AVILÉS, A.: *Transnational Labour Law*, Wolters Kluwer, 2015; BLACKETT, A. TREBILCOCK, A.: *Research Handbook on Transnational Labour Law*, EE Elgar, UK, 2015

desintegración vertical de empresas (traducida en lo que se denomina *flex-firm*⁴) es hoy imparable. Cambian las estructuras económicas del mercado de trabajo; se busca la adaptación del trabajador y aparecen muy diferentes formas o tipos de trabajo que, consideradas hace tiempo como formas atípicas de trabajo -en contraposición al tipo estándar de trabajo, por tiempo indefinido y a tiempo completo, objeto de una relación bilateral entre un trabajador y un único empresario-, hoy se conocen como “trabajos flexibles” o asépticamente como “nuevas formas de trabajo y empleo”. Se reclama entonces del Derecho del Trabajo su “modernización”, su “adaptación” para dar respuesta adecuada a la protección de esas formas no estándares de trabajo.

Desde esta perspectiva, con la finalidad de reajustar el ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo a la nueva realidad del trabajo atendiendo a su finalidad y función, se inserta nuestra reflexión a partir del neologismo (¿anacrónico?) de *flexiguridad* instalado desde hace más de 15 años en las instituciones comunitarias, sometido a un debate continuo cuando se presenta como fundamento de la adaptación y modernización del Derecho del Trabajo, o al menos, de la legislación laboral. Estos términos, adaptación y modernización, son dúctiles cuando no orientados hacia un objetivo concreto sustentando en una ideología correctora del que, por el contrario, hay que reafirmar que siga siendo el fundamento del sistema normativo laboral.

II. DE LA FLEXIGURIDAD A LA PROTECCIÓN EQUILIBRADA

El documento comunitario que tomamos como punto de partida (sin olvidar los precedentes sobre los que se ideó, por ejemplo, *Growth, competitiveness, employment The challenges and ways forward into the 21st century*, 1993) es el Libro Verde de la Comisión Europea, *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos de SXXI*⁵, que sin formular de modo expreso un concepto de *flexiguridad*, avanzó en el diseño de la que se dijo estrategia europea de “equilibrio” entre flexibilidad y seguridad del empleo adaptando la legislación laboral para reducir la segmentación del mercado de trabajo. Modernización, no puede olvidarse, que ya adelantó la doctrina era un concepto ambivalente y sometido a muy diferentes lecturas (Sciarra, *ILL* núm 36 2007).

A la cuestión relativa a si la flexiguridad puede utilizarse en un sentido o con un significado inclusivo para los trabajadores más vulnerables, y si ese es el significado de modernización que persigue el Libro Verde, puede responderse negativamente. En efecto, este Documento no oculta que se orienta a cambiar el status quo afirmando que:

“La *finalidad inicial* del Derecho del trabajo era paliar las desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación de trabajo”.

Parece que el “modelo tradicional” es para la Comisión un modelo superado y no ajustado a la realidad actual; de modo que, sin ocultar el propósito, quiere cambiarlo

⁴ Véase Comisión Europea: *Partnership for a New Organization of Work*, *Bull EU*, Sup 4/97, 1997:

more fundamental change in the organization of work is emerging, a shift from fixed systems of production to a flexible, open-ended process of organizational development, a process that offers new opportunities for learning, innovation, improvement and thereby increased productivity.

⁵ COM (2006) 708 final

radicalmente. Pero, una cosa es que el Derecho del Trabajo haya de adaptarse a la nueva realidad del mercado de trabajo (lo que se ha definido gráficamente como Derecho del Trabajo "in flux") y otra bien distinta que se deba adjurar de su finalidad clásica, sí, y permanente, también. Inherente (su esencia) es la finalidad de equilibrio de las desigualdades de las partes que conforman la relación laboral, en la clásica definición de Kahn-Freund (*inequality of bargaining power which is inherent between the contracting parties*). El Derecho del Trabajo de ayer y de hoy tiene una finalidad de compensación de desigualdades, en particular, de la vulnerabilidad de los trabajadores en su situación de dependencia personal, social y económica respecto del que se denomina empresario, aunque esa dependencia/subordinación haya de entenderse hoy de forma rebajada, flexible y adaptada, en su caso, a las múltiples situaciones de trabajo que han ido produciéndose desde la que dio origen a nuestra disciplina jurídica.

Si equivocado es el punto de partida, equivocada y distorsionadora la consecuencia; en efecto, sigue diciendo la Comisión, ese modelo tradicional puede no ser el adecuado porque, entre otras razones, "unas cláusulas y condiciones demasiado protectoras pueden desanimar a los empleados a contratar durante los períodos de bonanza económica" y, en consecuencia, "otros modelos de relaciones contractuales pueden reforzar la capacidad de las empresas para desarrollar la creatividad de su personal en su conjunto y aumentar su ventaja competitiva". ¿Podría entonces entenderse que en el binomio flexibilidad-seguridad se está orientando hacia la desregulación y la protección flexible, cuando no limitada, regresiva o precaria?.

Tal vez por ello, otras instituciones comunitarias no aceptaron ese punto de partida y menos la conclusión. En efecto, el Parlamento Europeo en su Resolución de 11 de julio de 2007 *sobre la reforma del Derecho Laboral ante los retos del siglo XXI*. DOCE 10-7-2008, se mostró contrario a aceptar la obsolescencia del contrato de trabajo indefinido, a que éste contribuyera al aumento de la segmentación del mercado de trabajo y a la diferencia entre incluidos y excluidos, así como que fuera un obstáculo para el crecimiento del empleo y la mejora del dinamismo económico (apartado 11). Por el contrario, la citada resolución "constata que el contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo es la forma común de la relación laboral y, como tal, ha de tomarse como punto de referencia para una aplicación coherente del principio de no discriminación; por consiguiente, cree que el punto de partida de cualquier reforma del Derecho laboral europeo debe reconocer los contratos de trabajo indefinidos como la forma general de empleo donde se prevea una protección social y de la salud adecuadas y se garantice el respeto de los derechos fundamentales" (apartado 9).

Del mismo modo el Comité Económico y Social Europeo (CESE) también se mostró abiertamente disconforme con las fórmulas de *flexiseguridad* patrocinadas por el Libro Verde-2006. En su Dictamen aprobado por el Comité el 30 y 31 de mayo de 2007 sobre dicho documento (Dictamen sobre el Libro Verde, DOCE 27-7-2007) partía de la validez del Derecho del Trabajo como ordenamiento protector "en lo que afecta a los asalariados y a los empresarios". Tal equilibrio implica que, en orden a los "cambios prioritarios deseables" en la legislación y práctica, los ordenamientos nacionales contemplaran las nuevas formas flexibles de contratos de trabajo manteniendo en las nuevas condiciones que de los mismos se deriven "su papel protector y reequilibrador de la relación de trabajo, así como de garante de seguridad jurídica para las partes en caso de despido justificado, accidente laboral y enfermedad profesional".

Es cierto, por tanto, que la visión de la Comisión Europea en el marco de la flexiguridad estaba orientada hacia la dimensión económica (el objetivo del Libro Verde no se oculta que era fomentar el desarrollo de la legislación laboral con instrumento de crecimiento de económico y aumento del empleo) y recordaba (casi 50 años después entonces) al origen de la Comunidad Económica Europa orientado hacia la consecución del mercado único. La lógica

economicista debía ya entonces atemperarse con la social para avanzar en la que posteriormente se define como estrategia integrada para potenciar la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral. La Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, de 27 de junio de 2007., destacó el que a nuestro juicio invita a la reflexión sobre el ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo y su reformulación a partir de un concepto amplio y uniforme de trabajador. Nos referimos al que se enunciaba del modo siguiente:

- La flexiguridad entraña disposiciones contractuales flexibles y fiables (desde el punto de vista del empleador y el empleado, y de «los que están dentro» y «los que están fuera»), gracias a una legislación laboral, convenios colectivos y una organización del trabajo (página 5)

Se percibía ya entonces, y aun hoy, la dificultad de encontrar consenso político en la definición de trabajador y sobre todo en la articulación de mecanismos para responder a la diversidad de formas de trabajo y, en particular, adoptar una respuesta consensuada sobre la tradicional distinción binaria entre trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia o autónomos que, en opinión generalizada, no se adecúa a la realidad social y económica del trabajo. Y especialmente si la respuesta al ámbito de cobertura personal del Derecho del Trabajo debía afrontarse a nivel de la UE. Desde hace años se han elaborado estudios para analizar la situación y, en su caso, proponer medidas para afrontar el reto que un Modelo Social de la UE requiere en la integración positiva de lo que fuera un Derecho del Trabajo a ese nivel como núcleo fundamental del mismo. El último es la consulta de la Comisión Europea sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales (COM, 2016, 127 final)

Si la finalidad y función inherentes al Derecho del Trabajo no han cambiado, ¿cómo se puede afrontar a nivel de la UE?. Podría interpretarse la *flexiguridad* desde esta perspectiva como una exigencia a las instituciones comunitarias y a los EMs para que en ejercicio de sus competencias articularan una seguridad (protección) flexible (adaptada) de aquellos trabajadores que no encajan en el modelo estándar contractual de trabajo. No se trata, es evidente, de aceptar la segmentación del mercado de trabajo como justificación de segmentación normativa regresiva (lo que se ha denominado flexi-precariedad); no se trata de utilizar la realidad cambiante del mercado de trabajo como pretexto para expulsar o limitar la protección de quienes responden a los criterios que definen el concepto de trabajador.

La relevancia de los cambios en el mercado de trabajo no se pueden discutir. Pero sí se puede y debe ponerse en tela de juicio que haya que buscar un nuevo paradigma en la regulación del trabajo, unos nuevos fundamentos normativos. Los cambios producidos no son cambios en los objetivos y finalidad del Derecho del Trabajo; no hay crisis del Derecho del Trabajo, sino cierto desajuste entre esos objetivos y la realidad que exige una adecuación equilibrada. En todo se podría hablar más limitadamente de “crisis” de cobertura, con respuesta limitada a nivel nacional a través de la adaptación de las normas laborales para afrontar los retos del cambio de la realidad del mercado laboral. Han sido diferentes las vías adoptadas, entre otras, la corrección de exclusiones injustificadas de grupos específicos de trabajadores; la inclusión en la distinción binaria entre trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia o autónomos de una categoría o grupo intermedio entre ambos, los denominados trabajadores económicamente dependientes, *dependent contractors* o *employee-like* con fundamento en la distinción entre subordinación personal (estar bajo el control directo, permanente y rígido de un empresario) y dependencia (en el sentido más económico); la interpretación jurisprudencial finalista para correcciones adicionales; o, en fin, la protección especial para grupos de trabajadores que son especialmente vulnerables.

La cuestión siguiente es si el reajuste puede provenir de las instituciones de la UE fijando un mínimo común a todos los EMs. El Libro Verde de 2006 sugirió la posibilidad de afrontar una definición de la relación de trabajo a nivel de la UE e inmediatamente surgieron preocupaciones (cuando no temores) acerca de la perspectiva de ampliación del concepto o su configuración extensiva, incorporando a más personas trabajadoras dentro del ámbito del Derecho del Trabajo. Posibilidad que exigía adoptar una decisión consensuada y uniforme sobre el ámbito de protección legal, su contenido y extensión.

La decisión consensuada no se produjo y se estimó innecesaria la intervención de las instituciones comunitarias con poderes decisorios retomando ideas que podrían pensarse superadas sobre el origen de la Comunidad Económica Europea y sobre el objetivo prioritario del mercado único y libertades de circulación. De este modo, el ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo de los EMs debía permanecer bajo cada una de las legislaciones nacionales, que representaban el ajuste necesario para el trabajador europeo estándar de entonces ⁶, definido desde la subordinación personal y económica al empresario en un mercado laboral relativamente homogéneo en ese momento. Atendiendo a los estándares nacionales convergentes, las Directivas comunitarias de los años noventa del Siglo pasado o nada expresaban sobre el concepto de trabajador o se remitían a la definición nacional de los EMs. De modo que expresaban el convencimiento de que el estándar se mantenía de facto través de las respectivas legislaciones nacionales. Sólo en el contexto de la LC se apreció una intervención decidida del TJUE (desde el Asunto *Hoekstra*, C 75/63, 1964) rechazando una interpretación unilateral del término trabajador por cada EM que podría socavar la libertad de circulación recurriendo a una exclusión “nacional” de determinados grupos de trabajadores.

III. HACIA UNA DIMENSIÓN EUROPEA DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR

Hoy la realidad del trabajo en un contexto globalizado y, en particular, en el ámbito de la UE, exige afrontar decididamente la cuestión, es decir, si el concepto de trabajador puede tener una dimensión europea uniforme y autónoma que se aplique como suelo mínimo o garantía mínima en todos los países de la UE contribuyendo así decididamente a la construcción de un Derecho del Trabajo de la UE más que a la europeización del Derecho del Trabajo. Desde esta perspectiva, y orientando la reflexión hacia el balance y perspectivas de la Política Social Europea, nos centramos en la que puede convenirse que es contenido del que podríamos definir como Derecho del Trabajo de la UE. En efecto, aunque no haya una definición precisa de lo que sea o deba entenderse por tal, debe advertirse de la transversalidad en la UE de las materias que giran en torno al “trabajo”. El Derecho del Trabajo de la UE es política social propiamente dicha (que define el Derecho del Trabajo en sentido estricto, en tanto sistema de normas que regulan la relación individual y colectiva entre los trabajadores y los empresarios; y no en sentido amplio, entendiéndose por social el conjunto de medidas que pueden encuadrarse en el “estado del bienestar”); es libertad de circulación de trabajadores y migración económica de trabajadores; es, en fin, derechos sociales fundamentales, en especial, igualdad y no discriminación en el empleo y en la ocupación. En consecuencia, está condicionado por las respectivas competencias entre UE y Estados

⁶ KENNER, J.: “New Frontiers in EU Labour Law: From Flexicurity to Flex-Security”, en DOUGAN, M. y CURRIE, S. (edits): *50 Years of The European Treaties. Looking Back and Thinking Forward*, Hart Publishing, 2009. PÁG. 288

Miembros⁷; si no por los títulos competenciales, sí por el modo de ejercicio por las instituciones de la UE de las competencias, casi en su totalidad compartidas en este ámbito, en su organización confederal. En este sentido, introducimos el tema con una variante adicional : ¿quién es el centro de imputación subjetiva de las normas del Derecho de la UE relativas a las condiciones de empleo y relaciones de trabajo que, establecidas en ese nivel supranacional, trascienden a los sistemas jurídicos nacionales de los Estados Miembros y limitan su libertad en la definición del concepto de trabajador?.

Para responder se requiere distinguir el plano normativo y el de interpretación y aplicación de las normas de la UE.

1. La subsidiariedad vertical.

Desde el plano o nivel normativo, la configuración del concepto de trabajador se caracteriza por la “subsidiariedad vertical”⁸, la fragmentación y segmentación, que entre otras consecuencias, aboca a la falta de coherencia jurídica si nos atenemos a la finalidad y función de las normas que conforman el contenido del Derecho del Trabajo de la UE.

No hay en la actualidad –y no parece que la haya corto y medio plazo- una respuesta legal a nivel de la UE a la configuración del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo. No hay un concepto legal (*hard law*) de trabajador en el acervo de la UE, único y uniforme, que se aplique a todas las áreas del Derecho Social y, en consecuencia, que actúe como límite claro y preciso a la libertad de los Estados Miembros para definir su propio ámbito nacional de aplicación de las normas que pudieran definirse como sociales. Atendiendo a las diferencias apreciadas en la configuración personal del Derecho de la Seguridad Social y el Derecho del Trabajo en la UE, y con la advertencia que en este estudio se deja al margen la protección social⁹, en el ámbito del Derecho del Trabajo de la UE el concepto de trabajador

⁷ Ese carácter transversal trasciende al contenido y desarrollo del Derecho del Trabajo de la UE puesto que refleja una tensión entre soberanía de la UE y de los EMs, integración social y económica, mercado y derechos humanos , RÖNNMAR, M.: *EU Labour Law in Flux: Hard, Soft or Fundamental?*”, Keynote paper for the 11^a ILERA European Regional Congress, 2016., pág.18.

Convendría al menos dejar apuntado el problema relativo al significado y contenido del Derecho del Trabajo de la UE, aún en constante construcción, de modo que en la actualidad aún podría hablarse más que de Derecho del Trabajo de la UE de la “Europeización” del Derecho del Trabajo. Si revisamos alguno de los Manuales (en la definición española de libro que recoge los aspectos básicos y esenciales de una materia) no parece que haya consenso absoluto. En efecto, si bien el Derecho del Trabajo gira en torno a la política social en sentido estricto (distinguiendo entre Derecho Individual y Derecho Colectivo del trabajo) y en torno a la igualdad de trato y el derecho a la no discriminación en el empleo y en la ocupación, no hay respuesta unánime a si debe incluirse también la materia relacionada con la libertad de circulación de las personas por motivo de trabajo. Véase, al respecto , en sentido muy diverso BARNARD, C.: *EU Employment Law*, 4^a edic., Oxford, University Press, 2012 (incluye el derecho migratorio laboral); BOGG, A., COSTELLO, C. y DAVIS, A.C.L.: *Research Handbook on EU Labour Law*, EE Algar, UK, USA, 2016 (que nada indican al respecto sobre esa materia).

⁸ KENNER, J.: “New Frontiers in EU Labour Law: From Flexicurity...”, cit., pág.290.

⁹ Como bien se ha expresado, la Jurisprudencia comunitaria está “deslaboralizando” los Reglamentos de Seguridad Social...y, en concreto, la aplicación de sus disposiciones no está condicionada al ejercicio de una actividad profesional; de modo que “el concepto de persona incluida en el ámbito de aplicación personal de los Reglamentos, a su vez, está también en plena fase de evolución, creación y consolidación. Ha de tratarse de un asegurado social...”. ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador Expatriado y Seguridad Social*; Edit.Thomson Reuters

(entendida ahora esa expresión en sentido amplio, asimilado a “worker”) se incluye en el Derecho Originario y en el Derecho Derivado de forma fragmentaria y segmentada con diferente finalidad según los ámbitos materiales específicos, sustantivos o procesales ¹⁰, de las normas “laborales” de la UE.

Habría que distinguir dos grandes áreas, la política social de la UE y la relativa a las libertades de circulación, previstas en diferentes apartados del TFUE, para atisbar su interrelación y entrecruzamiento porque en ellos confluyen la finalidad y función de este sector del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Desde la política social en sentido estricto, única referencia que haremos en este estudio, (Parte III, Título X del TFUE, arts. 151 y ss) la configuración legal comunitaria de un concepto de trabajador (a modo de estatuto jurídico armonizado de trabajador en la UE) respondería a un criterio finalista general, garantizar la protección adecuada y uniforme de los trabajadores en el seno de la UE de modo que el concepto legal permitiera o facilitara asegurar que ninguna persona incluida en el ámbito de aplicación de las Directivas armonizadoras en las materias enunciadas en el TFUE, y que conforman la política social de la UE, quedara excluida de su cobertura en base a una definición nacional del concepto de trabajador que restringiera la aplicación de esas normas comunitarias. De modo que el concepto europeo sería un límite (mínimo) al ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo de cada Estado Miembro para evitar, como segunda finalidad complementaria, que hubiera una competitividad ilícita –el reiterado dumping

Aranzadi, Navarra, 2016, pág.53. Como bien explica la autora, “el Derecho de la Seguridad Social de la UE va aplicando progresivamente el concepto de asegurado; éste puede ser trabajador activo o no, puede ser pensionista y/o perceptor de prestación no contributivas....; porque, aunque “cada ordenamiento nacional sigue siendo el único competente para especificar el camino a cuyo través se accede al correspondiente Sistema de Seguridad Social, éstos deben respetar el Derecho de la Unión y su legislación no puede tener por efecto excluir del ámbito de aplicación a las personas que lo estén en el Reglamento de Seguridad Social” (pág.54-55) con fundamento en el derecho de libre circulación.

¹⁰ Desde la perspectiva de la competencia judicial en materia de contratación, aunque no se trata en este trabajo, debe tenerse en cuenta el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En este sentido puede citarse la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2015 (C-47/14, Asunto *Holterman Ferho y otros*), que resuelve una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 5, puntos 1 y 3, del capítulo II, sección 5 (artículos 18 a 21) y del artículo 60, apartado 1, del citado reglamento en relación con la responsabilidad de un administrador de varias sociedades y con la demanda que tiene por objeto condenarlo al pago de daños y perjuicios porque las referidas sociedades invocaron, a título principal, que el administrador había desempeñado incorrectamente sus funciones de administrador, lo que lo hacía responsable frente a ellas. Además, alegaron igualmente el dolo o la imprudencia consciente en el cumplimiento de su contrato de trabajo, y con carácter subsidiario, que las faltas cometidas por el Sr. Spies en el ejercicio de sus funciones constituían un acto ilícito. Dejamos apuntado la cuestión planteada: recuerda el TJUE que las reglas especiales de atribución de competencia judicial previstas en el Reglamento 44/2001 solo se aplicarían al caso si el administrador estaba ligado por un «contrato individual de trabajo», en el sentido del artículo 18, apartado 1, del Reglamento, a la sociedad de la que fue director y administrador y que, por lo tanto, puede ser calificado como «trabajador», en el sentido del apartado 2 del mismo artículo (párrafo 34); y advierte que el citado Reglamento no define ambos conceptos, el de contrato individual de trabajo y el de trabajador y la calificación del vínculo no puede resolverse sobre la base del Derecho Nacional y que (párrafo 37) para garantizar la plena eficacia del citado Reglamento “los “los conceptos jurídicos que figuran en éste deben interpretarse de una manera autónoma que sea común a todos los Estados miembros”.

social¹¹- entre los diferentes países de la UE. El Derecho de la UE fijaría un límite mínimo al ámbito de aplicación personal del Derecho nacional del Trabajo, de modo que los EMs no podrían rebajar ese límite, pero sí ampliar el ámbito de la definición comunitaria.

La realidad es otra y se caracteriza por una aproximación fragmentaria al concepto de trabajador. No hay un concepto común armonizado sino diferentes conceptos según el ámbito de aplicación objetivo de cada una de las Directivas que lo integran, atendiendo a la singularidad jurídica de las mismas que no pretenden tanto armonizar conceptos como establecer condiciones laborales y de empleo mínimas y estándares en los diferentes Estados Miembros. Esto ha derivado en la fragmentación de las caracterizaciones normativas de la legislación laboral de la UE, lo que puede dejar al margen o fuera de protección (total o parcial) a categorías (más o menos amplias) de trabajadores, según la técnica de regulación que cada norma comunitaria haya adoptado al respecto en la formulación de su ámbito de aplicación personal en función de su específica finalidad de parcial armonización en la garantía o protección de los derechos de los trabajadores en relación a la materia u objeto concreto de regulación. Esas diferentes técnicas de regulación se yuxtaponen configurando lo que puede denominarse “normative patchiness”¹², que no solucionan la cuestión principal, quién es trabajador a efectos de aplicación uniforme de todas las normas de la UE que conforman, en todas sus dimensiones, los derechos laborales y sociales.

¿Habría competencia de las instituciones de la UE para abordar esa cuestión?. Por un lado podría argumentarse que no porque de acuerdo con el actual art.153.1 TFUE las instituciones de la UE solo pueden “apoyar y complementar” las competencias de los EMs” en el ámbito del Derecho del Trabajo lo que significaría que las instituciones europeas no podrían interferir en los Derechos nacionales a través de una noción general de relación de trabajo. Por el contrario, se podría contraargumentar que si la UE tiene competencia para definir el ámbito personal de las específicas Directivas no se comprende por qué no tendría competencia para adoptar una definición amplia y comprehensiva aplicable a todas las normas europeas sobre política social¹³. La dicotomía entre armonización parcial y armonización total podría solucionarse, parece que en aras del principio de seguridad jurídica, más allá de armonización parcial porque en la actualidad puede conducir a la incertidumbre de la aplicación del concepto nacional cuando se duda de si se ve afectada la parte armonizada de la norma concreta¹⁴.

¹¹ BARNARD C.: “Fifty Years of Avoiding Social Dumping? The EU’s Economic and Not So Economic Constitution”, en DOUGAN, M. y CURRIE, S. (Eds): *50 Years of thecit.*, pág.342; el dumping social no puede focalizarse como oposición entre economía y social sino orientado hacia la consecución del principio de **Solidaridad**, según aparece hoy en la CDFUE y art.2º TUE. La referencia a este principio es una constante en la doctrina laboralista europea; se trata de uno de los argumentos (junto al principio de igualdad de trato) para contrarrestar la influencia de la “lógica no solidaria” de las libertades económicas del mercado interior en el Derecho del Trabajo de la UE. Véase, MICKLITZ, H.-W.: , “The ECJ between the Individual Citizen and the Member States – A Plea for a Judge- Made European Law on Remedies”, en: H.-W. Micklitz and B. De Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2012.

¹² FREEDLAND, M. y COUNTOURIS, N.: *The Legal construction of Personal Work Relationship*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pág. 396.

¹³ Da cuenta de ese debate, WASS, B.: “The legal Definition of The Employment Relationship”, *ELLJ*, Vol.1, 2010, No.1., pág.50. Optando más por el nivel de implementación y no tanto por el nivel de codificación legal de conceptos, GRANDI, B.: “Would Europe Benefit from the Adoption of a Comprehensive Definition of the Term ‘Employee’ Applicable in all Relevant Legislative Modes”, *IJCLLIR*, Vol.24/4, 2008, pág.495 y ss.

¹⁴ VOOGSGEERD, H.: “Rethinking Scope and Purpose of National Labour Law because of Developments in the EU Labour Law”, <https://www.upf.edu/documents/3298481/3410076/2013->

Añadiendo a lo expresado que, como veremos, aunque pudiera afirmarse que no hay una armonización de iure del concepto de trabajador, sí hay una armonización de facto.

No obstante esa posible solución, debe advertirse de la más que improbable consecución de un instrumento normativo de hard law en la UE a modo de una Directiva Marco o de una Directiva de Política Social sobre el concepto de trabajador que pudiera contribuir positivamente al desarrollo y consolidación del acervo social en la UE. Con el riesgo, entonces, de que se oriente solo hacia instrumento de soft law, a través del método de coordinación reforzado, que pudiera no solo ser ineficaz sino contribuir a las tendencias desreguladoras a través de la que en varios países se atisba como propuesta hacia la adopción del contrato único bajo el pretexto de reducir la dualidad del mercado de trabajo.

2. Interpretación y aplicación del concepto europeo de trabajador. El papel del TJUE

El entrecruzamiento de reglas normativas en la UE, la interrelación en algún caso conflictiva entre normas de política social y normas sobre libre circulación, se traspasa a la labor interpretativa y aplicativa del TJUE. Sirve de fundamento al concepto horizontal su propia jurisprudencia sobre la interpretación del concepto a efectos de la Libre Circulación (LC), en concreto la Libre circulación de trabajadores (LCT); engarza con el principio de igualdad, en el ámbito concreto de la igualdad de retribución entre mujeres y hombres; y acaba enlazando con los principios generales del Derecho de la UE y con los derechos contemplados en la CDFUE. Y caracteriza la evolución en los últimos años la traslación del significado otorgado a conceptos, originariamente definidos en torno a la LCT, desde la interpretación de las Directivas sobre política social hacia resoluciones dictadas en el ámbito de la LC, tal y como se aprecia en la definición de uno de los rasgos o elementos de la relación de trabajo, a saber, el concepto de dependencia. De modo que podría afirmarse que el entrecruzamiento entre política social y LC desde la aplicación horizontal tiene un efecto de ida-vuelta: la jurisprudencia sobre LCT penetra en la de política social y posteriormente ésta se traslada a la LCT. Solo una consistente, rigurosa y definitiva articulación permitiría evitar incoherencias jurídicas como las que evidencia la aproximación sistemática que afronta este estudio.

El estudio detenido de la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de trabajador en el ámbito de la política social, desde una perspectiva analítica, debe afrontarse transversalmente con una inicial aproximación, a saber, el ideado en torno al ámbito de aplicación de la LCT. Lo que exige analizar las incoherencias detectadas en ese ámbito de la UE con la propuesta de replanteamiento global de la que debería identificarse como persona económicamente activa que se traslada desde su país de origen a otro Estado de la UE con la finalidad de prestar un trabajo personal; replanteamiento a través de la lógica de protección o garantía de derechos sociales con fundamento en el principio de igualdad de trato, del que derivara un concepto positivo y restrictivo de trabajador autónomo a estos efectos. No puede olvidarse que son varias las posibilidades que un ciudadano de la UE encuentra para moverse a otro EM con el propósito de trabajar; si bien la LCT es la principal vía a estos efectos, no puede olvidarse que la Libertad de Establecimiento (LE), cuando se ejerce por personas físicas, y la Libertad de prestación de servicios (LPS) cuando los servicios tienen un fuerte componente de mano de obra, también se orientan hacia esa finalidad. De modo que en estos supuestos de confluencia

[LLRNConf_Voogsgeerd.pdf/3bf27f05-7f02-40f5-a879-792b1323f853](#), (última visita marzo 2017), pág. 5.

de trabajo o finalidad de trabajo transnacional urge un respuesta por el legislador europeo de forma global y unitaria para eliminar el falso dilema “protección-proteccionismo”.

La aproximación al concepto proviene del Asunto *Lawrie Blum* (sentencia de 3 de julio de 1986, C-66/85), del que se extrae el concepto recurrentemente aludido por el TJUE y en el que se asientan las que serán señas de identidad en esta materia:

- 1) El fundamento: la libre circulación de los trabajadores es uno de los principios fundamentales de la Comunidad.
- 2) La consecuencia: el concepto de trabajador a estos efectos debe tener una interpretación uniforme, comunitaria y autónoma respecto de la formulada por las legislaciones nacionales.
- 3) La razón: se impide que los Estados Miembros modifiquen a su voluntad el concepto y, en consecuencia, eliminen la protección prevista por el TFUE a estas personas¹⁵.
- 4) El concepto: se basa en un criterio objetivo de definición de la relación laboral (*employment relationship* en la versión inglesa) en torno a “los derechos y deberes” de los sujetos y se define como la realización por una persona, “*durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, de ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración*”.
- 5) El test-trabajador: gira en torno a los tres criterios acumulativos (dependencia, remuneración y “actividad económica”) que el TJUE considera necesarios para que haya relación laboral.

A partir de 2004 se traspasa a materia de política social en relación con el principio de igualdad en materia de retribución por razón de sexo (Asunto *Allonby*, sentencia de 1 de enero de 2004, C-313/02), para ir perfilando un concepto autónomo y uniforme de trabajador, flexible en su delimitación, con la finalidad de extenderlo o ampliarlo hacia aquellos que prestan servicios retribuidos en condiciones no exactamente coincidentes con la estándar o típica -la que califica el TJUE como “*naturaleza sui generis*” de la prestación de servicios; expresión que puede tener muy diversas lecturas- y, en particular, con una finalidad correctora de elusiones para dar cobertura al falso autónomo (*bogus self-employee* o *sham contracting*).

Esta orientación jurisprudencial requiere del análisis transversal de las Directivas en materia de política social a partir de las que en los años ochenta y noventa del SXX configuran el ámbito personal de aplicación sin establecer concepto alguno de trabajador o remitiendo expresamente a la definición propuesta por la legislación nacional de cada EM. Durante años el TJUE, solo con ligeras variaciones, ha mantenido la que se puede denominar “Danmols ortodoxia” (Asunto *Danmols*, sentencia de 11 de junio de 1985), es decir, fundada en la armonización limitada y garantía de la libertad de los EMs para determinar no sólo el ámbito de aplicación de su propia legislación sino también el ámbito de aplicación de la Directiva concreta.

Se avanza por el TJUE hacia la imposición de límites a la definición nacional; restringiendo la libertad de los EMs en un doble sentido, genérico y específico. La restricción genérica proviene de la adopción del denominado “efecto útil”, “plena eficacia”, “efectividad” de las normas de la UE, utilizada recurrentemente por el TJUE. ¿Qué efecto tiene la “plena eficacia” de las normas de la UE en la definición europea del concepto de trabajador?; ¿Hasta qué punto en relación con la jurisprudencia del TJUE en tono a la eficacia de las Directivas hay una tendencia hacia una progresiva ampliación de las posibilidades aplicativas de éstas en la configuración de ese concepto?. ¿El efecto útil del párrafo tercero del art.288 TFUE (“La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”)

¹⁵ VERSCHUEREN, H.: “Being Economically Active: How it still Matters”, en VERSCHUEREN, H. (Edit.): *Residence, Employment and Social Rights of Mobile Persons*; Interselia, Cambridge, Antwerp, 2016, pág.194

debe entenderse en el sentido de que el legislador de la UE no ha renunciado a determinar por sí mismo el alcance de ese concepto, lo que equivaldría a considerarlo parte del “resultado” que deba conseguirse y, por tanto, como rasgo de armonización propio de las Directivas en la definición comunitaria del ámbito de aplicación, *ratione materiae* y *ratione personae*, de esas normas de la UE?. Podría entenderse, como primera aproximación, que los Estados Miembros no pueden adoptar un concepto de trabajador restrictivo o, de otra forma expresado, que no pueden limitar el ámbito de aplicación de las normas comunitarias restringiendo el concepto de trabajador a estos efectos y desplazando del mismo a quienes cupiera incluir en tal concepto en virtud del Derecho nacional ni establecer exclusiones de determinadas categorías de trabajadores sin razón justificada.

La restricción específica proviene de la introducción progresiva de un concepto europeo de trabajador definido como uno de los rasgos sustanciales del “resultado” de esas normas. Pese al reconocimiento formal de la competencia de los Estados Miembros (lo que de modo recurrente se aprecia en pasajes de las sentencias), se afirma sin ambages la competencia de la UE. No se trata solo de imponer una libertad condicionada a los Estados Miembros o de prohibir restricciones excesivas al concepto nacional, sino de reconocer la competencia del “legislador de la Unión para determinar por sí mismo el alcance de ese concepto” en el sentido de las Directivas sobre política social. Lo que supone entender que hay dos conceptos de trabajador, que se simultanean, el concepto nacional y el concepto europeo; concepto europeo que, en aplicación del *efecto útil* de las Directivas, se impone cuando en el caso concreto se aprecia que el concepto nacional de trabajador limita de manera excesiva e injustificada el ámbito de aplicación de aquella, excluyendo a determinadas categorías de personas de la protección que persiguen esas normas.

Desde esta perspectiva se aprecia una construcción transversal en torno a los tres rasgos o elementos que definen el concepto comunitario de trabajador en cualesquiera de las materias relativas a las condiciones de trabajo que integran la política social en sentido estricto. Esos tres rasgos iniciales son:

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

2. Uniformidad: El concepto debe interpretarse de manera uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión. ¿Por qué?: porque es garantía de protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes EMs (Asunto *Balkaya*, párrafos 32, 33 y 44).

3. Objetividad y extensión del concepto y, en consecuencia, reiteración del test *Lawrie-Blum* (Asunto *Comisión/Italia*, C-596/12, apartado 17, y Asunto *Balkaya*, apartado 34). Rasgos aplicables tanto a las Directivas que no disponen de un concepto específico, a las que no remiten a la legislación nacional a estos efectos y a las que, al menos formalmente, cuentan con un concepto específico de trabajador a estos efectos. Y que se completa con dos referencias importantes, una relativa al concepto de “naturaleza sui generis” de la relación de prestación de servicios (que plantea problemas de interrelación con las legislaciones nacionales cuando la relación de prestación de servicios no se configura elusivamente sino,

bien distinto, cuando se adecúa a la opción legal nacional de supuesto de exclusión expresa del contrato de trabajo; recuérdese, a estos efectos, la exclusión de los Administradores Sociales en la legislación española); y otra relativa al elemento sobre el que pivota la definición, expresando que lo es el de subordinación/dependencia, con una orientación marcada hacia la jurisprudencia de indicios. De modo que el concepto objetivo de dependencia deriva de criterios o indicios “comunitarios” que habrá de tener en cuenta el tribunal remitente (Asunto *O’Brien*, sentencia de 1 de marzo de 2012, párrafo 43) como mecanismo para afianzar la norma común europea para todos los Estados Miembros también en la fase aplicativa, de modo que el órgano jurisdiccional nacional debe resolver el litigio que originó la cuestión prejudicial a la luz de la aclaración de la interpretación o validez del Derecho europeo por el TJUE¹⁶, que marca las pautas comunes. No obstante, es ésta una cuestión que dista de estar resuelta de forma clara y contundente por el TJUE y pone en entredicho principios básicos del Derecho¹⁷.

Con fundamento en el criterio objetivo, el TJUE desgrana los tres elementos del concepto comunitario de trabajador.

En particular, y con carácter prioritario, el significado de dependencia (“trabajar bajo la dirección de otra”) de configuración incierta aún porque no se define con precisión el modelo jurisprudencial de subordinación/dependencia pero en el que se advierte una orientación hacia un criterio gradualista y flexible que, no obstante, no resuelve si es posible integrar una categoría intermedia entre trabajador dependiente/trabajador autónomo, con base o fundamento en la noción de cuasi-subordinación o dependencia económica que permitiera ir más allá de la clasificación de la relación de prestación de servicios entre relación laboral subordinada y relación independiente. Parece que para el TJUE un trabajador o es un trabajador subordinado/dependiente o es un trabajador autónomo; y no contempla la categoría intermedia de trabajadores económicamente dependientes o *dependent contractors*.

La tradicional distinción binaria está presente recurrentemente en las sentencias del TJUE. Por ejemplo, para determinar si un juez a tiempo parcial puede ser considerado trabajador a efectos del Derecho de la UE, Asunto *O’Brien* (STJUE 1 de marzo de 2012, Caso C-393/10), en especial párrafo 44, que alude a la distinción entre esa categoría (la de trabajadores por cuenta ajena) y la de las profesiones autónomas”.

Pero no hay una doctrina clara al respecto, en particular en relación al criterio relativo a la “flexibilidad en la organización del trabajo” porque si bien en el Asunto *O’Brien* se deduce que puede no ser un criterio determinante para excluir del concepto de trabajador a quién así realiza su trabajo, en el Asunto *FNV* (STJUE de 4 de diciembre de 2014) esa libertad en la organización del trabajo se utiliza como criterio determinante para expulsar del concepto comunitario de trabajador a quien realiza de ese modo su actividad. Recuérdese que ese Asunto se refiere a una cuestión de defensa de la competencia (art.101 TFUE) en relación la disposición de un acuerdo colectivo suscrito entre una organización empresarial y determinadas organizaciones de trabajadores de composición mixta que negociaron, de acuerdo con el Derecho nacional, unos honorarios mínimos no sólo para los sustitutos por cuenta ajena sino también para los sustitutos autónomos que estaban afiliados a ellas y que

¹⁶ ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*; Edit.Civitas, 3ª edic., 2012, pág.189.

¹⁷ De forma diversa a los Asuntos citados en el texto el TJUE resuelve en otros en los que se aprecia un impacto más medido del principio de interpretación conforme en los ordenamientos internos. Puede citarse como ejemplo la STJUE de 26 de marzo de 2015, C-316/13, Asunto *Fenoll*, en particular el párrafo 48.

celebrasen un contrato por obra o servicios para realizar para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de éste aun cuando a éstos el propio acuerdo colectivo no les consideraba “trabajadores”. La actividad se refiere a la prestación de servicios en orquestas de música (Véase el párrafo 37 del Asunto *FNV*)

Tal vez el argumento de cierre, la consideración de que haya satisfacción de una remuneración por el empresario, podría conducir a que se aceptara el concepto de dependencia económica y se respondiera a la cuestión relativa a si en caso de que un trabajo no se realice bajo la dirección y control de otro en sentido estricto o cuando hay flexibilidad y cierta autonomía en la organización del propio trabajo, pero hay dependencia económica, el trabajador debe entenderse incluido, con todas las garantías o derechos laborales, en el concepto comunitario de trabajador (equivalente a trabajador asalariado) o, por el contrario, merecería un tratamiento autónomo que permitiera establecer en el Derecho del Trabajo de la UE una frontera clara y precisa entre éstos, los que podríamos denominar trabajadores económicamente dependientes, los falsos autónomos y los trabajadores autónomos o independientes propiamente dichos¹⁸. Los falsos autónomos, los trabajadores con relación de trabajo sui generis o los excluidos de la legislación laboral por las normas nacionales son reconducidos por el TJUE a la noción de trabajador, sin que contemple la noción de cuasi-subordinación como una categoría intermedia entre aquélla y la de trabajador autónomo. Y éste, el autónomo propiamente dicho, no cuenta en el Derecho de la UE con un estatuto jurídico definido, que defina de forma precisa, positiva y ¿restrictiva? el mínimo de derechos “laborales” que cupiera aplicarles con base en el carácter fundamental de algunos derechos sociales, entre ellos, igualdad de trato en la retribución. Cuestión que queda abierta y deberá pronunciarse en un futuro el TJUE sobre todo en relación con la opción normativa como la española que excluye al TRADE del concepto de trabajador asalariado y lo califica como autónomo.

Y concluye, desde la perspectiva del objeto de la prestación, con la configuración del concepto de “actividad económica” en relación con la remuneración, que precisa de un planteamiento claro y coherente más allá de la mera trasposición en el ámbito de la política social de lo que son criterios o rasgos de la LCT. En particular lo que haya de entenderse por “apreciación global” para calificar tal actividad como económica o para considerar que la misma tiene una utilidad económica para el que la percibe, delimitándola de las que, en sentido contrario, el TJUE considera que se trata de actividades marginales y accesorias. Tal configuración se proyecta en supuestos trascendentes a estos efectos, entre otros, la de trabajos en el sector o ámbito público, y distinción en ordenamientos jurídicos nacionales como el español que distingue en el empleo público entre funcionarios y personal laboral en sentido estricto, entre los que se contratan en régimen de Derecho Administrativo y los que se contratan en régimen de Derecho laboral (STJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto *Martínez Andrés y otros*, acumulados C-184/15 y 197/15).

Enlaza finalmente estas consideraciones con una reflexión final sobre el principio de igualdad de trato y el derecho a la no discriminación como fundamento transversal de un concepto amplio y extensivo de trabajador en el Derecho de la UE y de amplitud o extensión

¹⁸ Véase, al respecto, ROUSORIU, F. : “Legal acknowledgment of the category of Economically Dependent Worker”, *ELLJ*, Vol.5, No.3-4, 2014, pág.274 y ss que expresa que la frontera entre la subordinación y la independencia no es clara y precisa (pág. 283) y la línea divisoria entre un falso autónomo y un trabajador económicamente dependiente es sutil (pág.286). Aporta este estudio un análisis comparativo de la opción legal en varios países de la UE, entre ellos, España.

también de los mecanismos de garantía aplicables a todos los que, en sentido amplio o laxo, puedan encajar en el concepto europeo de trabajador. Se advierte al respecto que en supuestos relacionados con los “trabajos atípicos”, aun en su formulación limitada y tal vez superada en las tres Directivas que los definen (TTP, TDD y trabajos a través de ETT), el TJUE utiliza una expresión, “efecto útil del principio de igualdad de trato”, que exige plantear si, más allá de una interpretación finalista de las Directivas en base a su efecto útil o a su efectividad, podría entenderse que el carácter protector que caracteriza el Derecho del Trabajo¹⁹ y su finalidad de compensación hacia quien, más allá de una subordinación personal si entendida como inferioridad de la parte débil, es el trabajador, exige de un concepto amplio o extensivo en respuesta a los objetivos del principio de igualdad. En concreto, en su vertiente de igualdad sustancial en sus múltiples y variados significados, asimilando aquélla la igualdad a protección (remedio contra las desventajas o remoción de los estigmas y estereotipos...). Dicho de otra forma, el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, entendido como equilibrio e igualdad entre los sujetos del contrato de trabajo, como articulación equilibrada de protección del sujeto más débil ¿puede utilizarse como fundamento de un concepto amplio o extensivo de trabajador?.

Esta cuestión es hoy una de las más discutidas por la doctrina europea²⁰ y requiere de un estudio profundo porque habría que comenzar analizando la “igualdad” desde la triple perspectiva de valor, principio y derecho; abordar el significado de la igualdad “sustancial”; la distinción entre principio y fundamento del ordenamiento jurídico (en concreto del de la UE) y derecho fundamental en el ámbito del empleo y de la ocupación, confrontándose al efecto en el ámbito de la política social si el significado de ese principio es idéntico al derecho a la no discriminación, contemplados en preceptos diversos de la CDFUE (art.20 –“todas las personas son iguales ante la ley- y 21 –prohibición de discriminación en general y en particular por diversas causas- respectivamente). A nuestro juicio, utilizar el principio de igualdad como criterio corrector del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo de la UE y como fundamento de un concepto amplio y extensivo de trabajador no tiene una base jurídica sólida, porque el principio, de contornos jurídicos nítidos, quedaría diluido en el de valor de justicia social, de inclusión, de solidaridad, que abocaría a la pérdida de identidad del Derecho del Trabajo para configurarlo como Derecho Social.

De otro lado, y pese a la extensión del concepto de trabajador en el Derecho de la UE, ello no quiere decir que no haya o no pueda haber diferencia de trato entre diversas categorías de trabajadores o que todos los trabajadores en sentido europeo tengan que recibir el mismo trato o que puedan invocar en caso de existir esas diferencias discriminación por alguna de las razones o causas previstas expresamente por el legislador comunitario. En el Asunto *Milkava*, sentencia de 9 de marzo de 2017, el TJUE elude pronunciarse; y en la sentencia de 1 de octubre de 2015, Asunto *O*, en la que (joven que trabaja en período de vacaciones durante cuatro días y reclama una indemnización por extinción del contrato), expresa que, aun cuando sea considerado trabajador a efectos del Derecho de la Unión (tal y como dedujo el TJUE), hay que examinar si puede invocar el principio de no discriminación por razón de edad (párrafo28),

¹⁹ Como bien expresa , configurar el ámbito personal del Derecho del Trabajo es imposible sin una clara finalidad de protección legal, WASS, B.: “The Legal Definition of the Employment Relationship”, *ELLJ*, Vol.1, 2010, núm.1, pág.57

²⁰ Véase, FREDMAN, S.: “Pasts and futures: EU equality law”, en BOGG, A., COSTELLO, C. and DAVIS, A.C.: *Research Handbook on EU Labour Law*, cit., pág.391.....; RÖNNMAR, M.: “Flexicurity, Labour Law and the Notion of Equal Treatment”, en RÖNNMAR, M.(Edit): *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011, pág.153; NUMHAUSER-HENNING, A.: “EU Equality Law- Comprehensive and Truly Transformative?”, en RÖNNMAR, M (Edit): op.ult.cit, pág.113 y ss.

consagrado en el art.21 CDFUE y concretado por la Directiva 2000/78. Lo trascendente de esta sentencia, el punto de inflexión -sin que pueda afirmarse rotundamente a nuestro juicio que rompe la tendencia sobre la aplicación directa y horizontal del derecho a la no discriminación en relación con la "igualdad sustancial" (o igualdad transformativa y comprehensiva)- es el razonamiento jurídico en torno al principio de igualdad de trato. Lo que, en sentido crítico, un sector de la doctrina ha calificado como "the complaints-led model"²¹ y, por el contrario, otro apunta como "deber ser" y reorientación de las reglas esenciales de ordenación y aplicabilidad del Derecho de la UE²². Se analiza en el caso si la situación de estudiante es objetivamente análoga -atendiendo al objetivo perseguido por la norma nacional concreta- a la de los trabajadores que tienen derecho a la indemnización por extinción del contrato de trabajo; de modo que si el legislador excluye a los jóvenes estudiantes porque considera que no se encuentran en una situación de precariedad profesional (fundamento de esa indemnización), no puede invocarse el derecho a la no discriminación por razón de edad.

Si la tendencia no se rompe, habría que concluir que el concepto europeo de trabajador es compatible con las restricciones que pudiera fijar el Derecho nacional para determinadas categorías de trabajadores. En definitiva, se podrían limitar los derechos "laborales" si la situación del que se concibe como trabajador en el Derecho de la UE no es análoga a la de otras categorías de trabajadores a los que sí reconoce esos derechos el ordenamiento nacional. ¿Es ésta una segmentación regresiva de los derechos de los trabajadores o consecuencia de una restricción justificada basada en razones objetivas y adecuadas?. O, incluso ¿se trata de contención del concepto autónomo, uniforme y unitario de trabajador en el Derecho de la UE y llamada de atención hacia las instituciones de la UE que ostentan el poder decisorio para que adopten una solución normativa al efecto?. El tiempo lo dirá.

²¹ NUMHAUSER-HENNING, A.: "EU Equality Law...", cit., pág.126

²² Véase MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática de los trabajadores interinos (NREDT, núm.194, 2017), pág.166 y ss.