

Los conceptos de trabajador/a en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores: zonas grises

The concepts of employee in Directive 2019/1158 on work-life balance for parents and carers: grey areas

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO *Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

 <https://orcid.org/0000-0001-9780-7860>

Cita Sugerida: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Los conceptos de trabajador/a en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores: zonas grises». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 41-63.

Resumen

El objeto de este artículo es analizar el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2019/1158, cuestión de gran trascendencia práctica puesto que será uno de los parámetros a examinar para determinar si la misma se ha traspuesto correctamente al Derecho español. La complejidad del tema radica en que la Directiva no define a qué trabajadores se aplica, sino que utiliza un criterio híbrido y novedoso, remitiéndose simultáneamente al Derecho nacional y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo que, sin embargo, no comparten un concepto común de trabajador/a. Dependiendo de cómo se interprete este concepto, personas que conforme al Derecho español no pueden calificarse de trabajadoras por cuenta ajena podrían, sin embargo, tener derecho a los permisos que para facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional de progenitores y cuidadores regula la Directiva 2019/1158.

Abstract

This article sets out to analyse the subjective scope of application of Directive 2019/1158, a matter of huge practical importance as it will be one of the parameters examined to determine whether it has been correctly transposed into Spanish law. The complexity of the issue lies in the fact that the Directive does not define which workers it applies to, but instead uses a hybrid and innovative approach, referring simultaneously to national law and the case law of the Court of Justice of the European Union, which, however, do not share a common concept of employee. Depending on the interpretation of this concept, people who, under Spanish law, cannot be described as employees may still be entitled to the leave regulated by Directive 2019/1158 to facilitate work-life balance for parents and carers.

Palabras clave

Directiva 2019/1158; contrato de trabajo; relación laboral; contrato relacionado con el empleo

Keywords

Directive 2019/1158; employment contract; labour relations; employment-related contract

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2019/1158 encierra mayor complejidad que la que aparentemente podría sugerir una superficial y rápida lectura de la misma, que se incrementa a medida que se profundiza en la misma y se contrasta su contenido con su trasposición (tardía) en España. Este artículo se centra en una cuestión clave, cómo es determinar el concepto de trabajador/a a los que la Directiva 2019/1158 es aplicable para lo cual es imprescindible analizar, en primer lugar, los conceptos de trabajador/a en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y cómo el mismo se ha aplicado a otras Directivas anteriores en el tiempo, puesto que ello nos dará el parámetro para interpretar a qué personas empleadas se aplicará la Directiva 2019/1158 en España y detectar zonas grises en las que las previsiones de la Directiva 2019/1158 causan fricción a la hora de su trasposición en nuestro país.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LA DIRECTIVA 2019/1158¹

Concretar a quiénes resulta aplicable la Directiva 2019/1158 es una cuestión de la máxima trascendencia práctica puesto que será uno de los parámetros a examinar para determinar si la Directiva se ha traspuesto correctamente al Derecho nacional.

El artículo 2 de la Directiva 2019/1158 indica que la misma “*se aplicará a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral tal que definida en la legislación, los convenios colectivos² o los usos vigentes en cada Estado miembro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*”. Redacción de más hondo calado, como se expondrá, que la de la propuesta de Directiva publicada en 2017 cuyo su artículo 2 establecía escuetamente: “*la presente Directiva se aplicará a todos los trabajadores, hombres y mujeres, con contratos de trabajo o con otra relación laboral*”.

2.1. Contrato de trabajo *versus* relación laboral: *employment contract versus employment relationship*

En el artículo 2 de la Directiva 2019/1158 se diferencia entre contrato de trabajo y relación laboral (*an employment contract or employment relationship*, en la versión inglesa) por lo que no necesariamente serán términos sinónimos, aunque ambas categorías queden incluidas dentro de su ámbito de aplicación. Esta Directiva, como viene siendo práctica habitual por parte del legislador de la UE, no define tales conceptos³.

Conforme ha señalado el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, “la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, a cambio de las cuales percibe una remuneración”⁴.

El mismo Tribunal también ha matizado que “la relación laboral presupone la existencia de un nexo de subordinación entre el trabajador y su empleador y que la existencia de tal nexo debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes⁵. Desde la óptica española, cumpliéndose los requisitos arriba mencionados calificaríamos a esa relación como contrato de trabajo, incluso aunque no se hubiera formalizado por escrito (artículo 8.1 TRET).

Pero lo relevante es que para el Tribunal de Justicia resulta factible la existencia de una relación laboral a efectos del Derecho de la UE, aunque la misma esté excluida del Derecho del Trabajo conforme a la legislación nacional. A título ilustrativo pueden traerse a colación las sentencias

¹ Trabajo realizado en el marco del Grupo SEJ 447 “Coordinación Comunitaria de Regímenes de Seguridad Social y Asistencia Social” financiado por la Junta de Andalucía (Plan Andaluz de Investigación).

² MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *El Papel de los Sindicatos como Garantes de los Derechos Reconocidos en las Nuevas Directivas*, Cinca, Madrid, 2023, pp.83-85.

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 2012, -393/10, (O’Brien), ECLI:EU:C:2012:110: “ni la Directiva 97/81 ni el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial definen los términos contrato de trabajo o relación de trabajo”.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2007, Kiiski, 116/06, EU:C:2007:536.

⁵ Sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2015, 47/14, (Holterman) EU:C:2015:574; y de 20 de noviembre de 2018, 147/17, (Sindicatul Familia Constanța) EU:C:2018:926.

O'Brien⁶, Fenoll⁷, UX⁸ y Betriebsrat der Ruhlandklinik⁹. En esta última, el Tribunal de Justicia calificó como trabajadora a efectos de la Directiva 2008/104 a una enfermera miembro de la Hermandad de Enfermas de la Cruz Roja que, conforme al derecho alemán, no tiene la condición de trabajadora. El Tribunal sostuvo que “ni la calificación jurídica en Derecho nacional de la relación que une a la persona de que se trate con la empresa de trabajo temporal, ni la naturaleza de su vínculo jurídico, ni tampoco la forma de esa relación, son determinantes a efectos de la consideración de dicha persona como trabajador”.

En la sentencia UX el Tribunal admite la existencia de relación laboral respecto de los jueces honorarios que perciben indemnizaciones del Estado vinculadas a las prestaciones realizadas, aunque los mismos no puedan ser calificados como trabajadores por cuenta ajena conforme al Derecho italiano. En similares términos se había pronunciado en el caso O'Brien respecto a los jueces británicos, que no son trabajadores según el Derecho nacional. Y en la sentencia Fenoll se concluye que personas excluidas del Código de Trabajo francés pueden ser sujetos de una relación laboral a efectos del Derecho de la Unión Europea.

De las cuestiones prejudiciales citadas se infiere que la naturaleza jurídica *sui generis* de una prestación de trabajo a la luz del Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador/a a efectos del Derecho de la Unión¹⁰. O, en palabras de MOLINS GARCÍA-ATANCE, estaremos ante “trabajadores no trabajadores”. Es decir, son trabajadores a efectos del Derecho de la UE y no trabajadores a efectos del Derecho interno¹¹.

En cualquier caso, la dualidad terminológica utilizada en la redacción del artículo 2 de la Directiva 2019/1158 no es novedosa, sino que la hace formar parte de un grupo de Directivas que no circunscriben su ámbito de aplicación al “contrato de trabajo”, sino que lo extienden a quienes tienen una “relación laboral”, aunque ninguna de esas Directivas, que a continuación se enuncian, defina dichos términos:

- 1) Directiva del Consejo de 14 de febrero de 1977 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traslados de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (artículos 3.1 y 4.2)

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 2012, -393/10, (O'Brien), ECLI:EU:C:2012:110: “únicamente se puede admitir una exclusión si la relación que une a los jueces con el Ministry of Justice es, por su naturaleza, sustancialmente diferente de la que vincula a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores con sus empleadores”.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2015, -316/13, (Fenoll), EU:C:2015:200: “de la resolución de remisión resulta que las personas admitidas en un CAT no están sujetas a ciertas disposiciones del Code du Travail. Sin embargo, esa circunstancia, que genera una situación jurídica de esas personas que cabe calificar como *sui generis*, no puede ser determinante para la apreciación de la relación laboral entre las partes litigantes”.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, 658/18, (UX), ECLI:EU:C:2020:572.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2016, -216/15, (Betriebsrat der Ruhlandklinik), ECLI:EU:C:2016:883.

¹⁰ “La naturaleza jurídica *sui generis* de la relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario”. Cfr., entre otras: Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 1982, -53/81, (Levin), ECLI:EU:C:1982:105; de 31 de mayo de 1989, -344/87, (Betray), ECLI:EU:C:1989:226; de 19 de noviembre de 2002, -188/00, (Kurz), ECLI:EU:C:2002:694; y de 7 de septiembre de 2004, -456/02, (Trojani), ECLI:EU:C:2004:488.

¹¹ MOLINS-GARCÍA ATANCE, J.: “El Nuevo Marco Jurídico de la Directiva (UE) 2019/1158 en relación con la Adaptación del Tiempo de Trabajo a las Circunstancias Personales y Familiares de las Personas Trabajadoras”, *Documentación Laboral* n° 122/2021, p.28,

- 2) Directiva del Consejo de 20 de octubre de 1980 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (artículos 1.1, 3.1, 3.2 y 4.2).
- 3) Directiva 91/533 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 (artículos 1.1, 1.2 y 2.1). Derogada por la vigente Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (artículo 1.2).
- 4) Directiva 96/34 del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental (Anexo II, Cláusula 1.2¹²). Fue derogada por la Directiva 2010/18 de 8 de marzo que recoge literalmente la misma Cláusula 1.2 también en su Anexo II (y, a su vez, derogada por la Directiva 2019/1158).
- 5) Directiva 97/81, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial en su versión modificada por la Directiva 98/23 (Cláusula 2, apartado 1¹³).

3. DETERMINAR EL CONCEPTO DE TRABAJADOR/A ¿ES COMPETENCIA NACIONAL O DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA?

Afirma el Considerando Décimo Séptimo de la Directiva 2019/1158 que “*teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los criterios para determinar la condición de trabajador, compete a los Estados miembros definir los contratos de trabajo y las relaciones laborales*”.

También el artículo 2 de la Directiva 2019/1158 corroboraría la competencia del Derecho nacional para determinar a qué trabajadores resulta la misma aplicable por cuanto que especifica que “*se aplicará a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral tal que definida en la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro...*”. Hasta aquí, la redacción es similar -cuando no idéntica- a las contenidas en las ya citadas Directiva 91/533¹⁴, Directiva 96/34¹⁵ y Directiva 2010/18¹⁶.

Pero la Directiva 2019/1158 (al igual que la Directiva 2019/1152) presenta una extraordinaria y novedosa peculiaridad frente a cualquier otra Directiva: su artículo 2 *in fine* alude expresamente a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo a efectos de concretar el concepto de trabajador/a incluido en su ámbito de aplicación personal. Estamos ante la cuadratura del círculo: la Directiva remite tanto a las definiciones nacionales como a la jurisprudencia del Tribunal. Este concepto “dual” o “híbrido” no es casual, sino resultado de la “derrota” de la Comisión que propuso

¹² “2. El presente Acuerdo se aplica a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato o una relación de trabajo definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro”.

¹³ El Acuerdo es aplicable “a los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro”.

¹⁴ “Ámbito de aplicación 1. La presente Directiva se aplicará a todo trabajador por cuenta ajena que tenga un contrato de trabajo o mantenga una relación laboral definidos por el derecho vigente en un Estado miembro y/o sujetos al derecho vigente en un Estado miembro”.

¹⁵ “Anexo II, Cláusula 1.2. El presente Acuerdo se aplica a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato o una relación de trabajo definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro”.

¹⁶ “Anexo II, Cláusula 1.2. El presente Acuerdo se aplica a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato o una relación de trabajo definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro”.

en su momento incluir un concepto comunitario de trabajador/a para salvaguardar el principio de seguridad jurídica. Esta propuesta fue rechazada por los colegisladores y llevó a esta redacción de compromiso del ámbito de aplicación personal de las Directivas 2019/1158 y 2019/1152¹⁷.

La remisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es relevante, ya que, si se deja en manos de cada Estado miembro, el ámbito de aplicación personal de la Directiva podría interpretarse de forma restrictiva, frustrando así su propio objetivo. En opinión de CHIEREGATO es muy significativa la explícita referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya que deja entrever la posibilidad de que el ámbito de aplicación personal de la Directiva se interprete en sentido amplio y se aplique a una mano de obra más numerosa que la cubierta por el Derecho laboral nacional¹⁸. En este sentido, la redacción del artículo 2 de la Directiva 2019/1158 (y también la del artículo 1.2 de la Directiva 2019/1152 por ser ambas idénticas)- al remitirse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia presenta una innegable ventaja: permitirá aplicar posibles cambios jurisprudenciales sobre el ámbito de aplicación personal de la Directiva sin necesidad de reforma alguna.

En tanto no se pronuncie el TJUE sobre el artículo 2 de la Directiva 2019/1158, la tesis que aquí se defiende es que la misma se aplicará a todos los trabajadores a los que la legislación laboral de los Estados miembros reconozca tal condición sin excepciones, puesto que esta Directiva no contempla la posibilidad de que los Estados inapliquen sus disposiciones a concretas categorías de personas trabajadoras.

Y todo ello con independencia de la dimensión de la empresa puesto que, conforme al Considerando Cuadragésimo Octavo, la Directiva 2019/1158 es aplicable en su integridad a las pequeñas y medianas empresas y también a las microempresas. En este punto, el legislador comunitario ha pasado por alto la situación de todas las familias que han de contratar a empleados de hogar para cuidar a algunos de sus miembros y que difícilmente podrán afrontar el incremento de los costes salariales derivados de la trasposición de la Directiva. Pero, además, la Directiva 2019/1158 también resulta aplicable a quienes no pudiendo ser calificados como trabajadores a la luz del Derecho nacional cumplan con los requisitos de la definición jurisprudencial elaborada por el Tribunal de Luxemburgo.

4. LOS CONCEPTOS JURISPRUDENCIALES DE TRABAJADOR/A EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

No se puede definir el concepto de trabajador/a a efectos del Derecho de la UE mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros, sino que el mismo tiene un alcance comunitario. Ahora bien, delimitarlo no es fácil porque, como el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha reconocido, el concepto de trabajador/a no es unívoco en el Derecho de la Unión Europea, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate¹⁹.

4.1. El concepto laboral a efectos de la libre circulación de trabajadores

Debido a que el derecho de libre circulación de trabajadores es una de las libertades fundamentales de la UE consagrado en el artículo 45 del TFUE, el concepto de trabajador a estos

¹⁷ VV.AA.: *Report Expert Group Transposition of Directive (EU) 2019/1152 on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union*, European Commission, Bruselas, 2021, p.9.

¹⁸ CHIEREGATO E.: "A Work-Life Balance for All? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158", *Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* n° 36/2020; p.13.

¹⁹ Sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998, -85/96, (Martínez Sala), ECLI:EU:C:1998:217; y de 13 de enero de 2004, -256/01, (Allonby), ECLI:EU:C:2004:18.

efectos debe interpretarse en sentido amplio²⁰. Aunque ha de tenerse en cuenta que dicho precepto no se aplica a los trabajadores autónomos (que se rigen por el principio de libertad de establecimiento, o en su caso, el de libre prestación de servicios²¹).

A los efectos del Derecho a la libre circulación de trabajadores, y en ausencia de una definición en Derecho originario o derivado, conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia²² el trabajador/a se caracteriza como una persona física que realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra, y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración²³, cualquiera que sea el campo en el que se desarrolla, siendo irrelevante el importe del salario y el carácter a tiempo parcial, temporal²⁴ o intermitente de la actividad²⁵, en tanto se trate de actividades reales y efectivas²⁶, entre las que se incluyen las actividades deportivas si se realizan con carácter profesional²⁷. A estos efectos se han de tener en cuenta todas las actividades profesionales ejercidas por el interesado en el territorio del Estado miembro de acogida, pero no las actividades ejercidas en otro lugar de la UE²⁸.

Respecto al requisito de la subordinación entre trabajadores y empleadores “debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes”²⁹. La subordinación es compatible con “un considerable margen de apreciación en el ejercicio cotidiano de sus funciones”³⁰.

El hecho de que los ingresos de una actividad por cuenta ajena sean inferiores al mínimo vital tampoco impide considerar a la persona que la ejerza como trabajador³¹, aunque la persona

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia 3 de julio de 1986, -66/85, (Lawrie-Blum), ECLI:EU:C:1986:284.

²¹ Cfr. CABEZA PEREIRO, J.: *El Ámbito del Trabajo Subordinado y el Trabajo Autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2020, pp.109-126.

²² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Hacia el Concepto de Trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la Política Social propiamente dicha”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* nº 1/2017, pp. 295-311. Y CABEZA PEREIRO, J.: “El Concepto de Trabajador en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral* nº 113/2018, pp. 45-58.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1989, -3/87, (Agegate), ECLI:EU:C:1989:650: “en el caso de los pescadores, el mero hecho de que la retribución de una persona sea “a la parte” y que eventualmente se calcule de forma colectiva no excluye su condición de trabajador a los efectos del Derecho a la libre circulación”.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre 2003, -413/01, (Ninni-Orasche), ECLI:EU:C:2003:600: “un empleo temporal ejercido durante dos meses y medio por un nacional de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro del que no es nacional le puede conferir la condición de trabajador en el sentido del artículo 48 del Tratado siempre que la actividad por cuenta ajena desempeñada no tenga un carácter meramente marginal y accesorio”.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1976, -13/76, (Dona), ECLI:EU:C:1976:115.

²⁶ Se deduce que dichas normas garantizan tan sólo la libre circulación de las personas que ejercen o desean ejercer una actividad económica y que, por consiguiente, solamente cubren el ejercicio de actividades reales y efectivas. Cfr. Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 1982, -53/81, (Levin), ECLI:EU:C:1982:105; y de 26 de febrero de 1992, -357/89, (Raulin), ECLI:EU:C:1992:87.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre 1974, -36/74, (Walrave), ECLI:EU:C:1974:140.

Conforme a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1995, -415/93, (Bosman), ECLI:EU:C:1995:463, los jugadores de fútbol de nacionalidad comunitaria no pueden considerarse como “extranjeros” a efectos de limitar su número en las plantillas.

²⁸ Sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1974, -152/73, (Sotgiu), ECLI:EU:C:1974:13; de 23 de marzo de 1982, -53/81, (Levin), ECLI:EU:C:1982:105; de 3 de julio de 1986, -66/85, (Lawrie-Blum), ECLI:EU:C:1986:284; y de 26 de febrero de 1992, -357/89, (Raulin), ECLI:EU:C:1992:87.

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2015, -47/14, (Holterman), EU:C:2015:574.

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2018, -147/17, (Sindicatul Familia Constanța), EU:C:2018:926

³¹ Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, 317/93, (Nolte), ECLI:EU:C:2009:344; y de 4 de junio de 2009, asuntos acumulados -22/08 y 23/08, (Vatsouras), ECLI:EU:C:2009:344.

trate de completar la remuneración percibida con otros medios de vida, como una ayuda económica procedente de fondos públicos del Estado de residencia³².

La productividad más o menos alta, o la fuente de los recursos destinados a la retribución, no pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora³³. Tampoco la naturaleza del vínculo jurídico que liga al trabajador y a la empresa es determinante a estos efectos³⁴: fue considerado como trabajador el nacional de un Estado miembro que ocupa en otro Estado miembro un empleo que se rige por un estatuto especial de Derecho Internacional³⁵. A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia calificó a los funcionarios de las Comunidades Europeas como trabajadores por cuenta ajena a los efectos del derecho a la libre circulación³⁶.

4.2. El concepto de Seguridad Social a efectos de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la UE

Tempranamente se afirmó en la sentencia Unger³⁷ que, igual que a efectos del Derecho a la libre circulación existía un concepto comunitario de trabajador/a, existía un concepto comunitario de trabajador/a a efectos de la coordinación de regímenes de Seguridad Social.

Pero no son conceptos sinónimos ya que el concepto de trabajador/a utilizado en el marco del actual artículo 45 TFUE no coincide necesariamente con el empleado en el ámbito del vigente artículo 48 TFUE³⁸.

En efecto, por lo que respecta a la coordinación de sistemas de Seguridad (artículo 48 TFUE) el concepto de trabajador comprende a “cuantos, sea bajo la apelación que sea, se hallan inmersos en los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social” incluso si no ostentan en el presente un empleo³⁹, pero son susceptibles de ocupar un nuevo puesto laboral⁴⁰. Como resaltó la sentencia Pierik⁴¹, aunque no ejerzan actividad profesional alguna, por el simple hecho de encontrarse afiliados a un régimen de Seguridad Social coordinado, los beneficiarios de una pensión o de una renta que deba abonarse al amparo de la legislación de uno o varios Estados miembros entran dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a los trabajadores.

Por lo que al requisito de la afiliación se refiere, para el Tribunal de Justicia no resulta imprescindible que el sujeto se encuentre formalmente afiliado o no al régimen correspondiente,

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 1986, -139/85, (Kempf), ECLI:EU:C:1986:223.

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1989, -344/87, (Bettray), ECLI:EU:C:1989:226.

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1974, -152/73, (Sotgiu), ECLI:EU:C:1974:13.153.

³⁵ Cfr. Sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1989, asuntos acumulados -389/87 y 390/87, (Echternach y Moriz), ECLI:EU:C:1989:130; y de 27 de mayo de 1993, -310/91, (Schmid), ECLI:EU:C:1993:221.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2000, -411/98, (Ferlini), ECLI:EU:C:2000:530.

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1964, -75/63, (Unger), ECLI:EU:C:1964:19: “el concepto de trabajador por cuenta ajena o asimilado, utilizado por el Reglamento n° 3 del Consejo de la CEE relativo a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes tiene un alcance comunitario, por la misma razón que el término trabajador de los artículos 48 a 51 del Tratado CEE”.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998, -85/96, (Martínez Sala), ECLI:EU:C:1998:217.

³⁹ Entre otras, Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 1986, -300/84, (Van Roosmalen), ECLI:EU:C:1986:402; y de 9 de julio de 1987, asuntos acumulados-82 y 103/86, (Laborero y Sabato), ECLI:EU:C:1987:356: “lo que vincula al nacional comunitario al Reglamento 1408/71 es, pues, la relación con un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro y no la calificación del Derecho interno sobre la actividad desempeñada”.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1964, -75/63, (Unger), ECLI:EU:C:1964:19.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1979, -182/78, (Pierik), ECLI:EU:C:1979:142.

siempre que satisfaga las condiciones materiales exigidas por el régimen de Seguridad Social que le resulte aplicable⁴².

A estos efectos resulta indiferente el motivo que impulsó los desplazamientos del trabajador⁴³ puesto que, como se afirma en la sentencia *Kits van Heijningen*⁴⁴ es la sumisión a una legislación de Seguridad Social de un Estado miembro lo que justifica la aplicación del Reglamento de coordinación, y no el ejercicio de la movilidad profesional.

Hay que concluir, por tanto, que la interpretación jurisprudencial de la noción de trabajador a los efectos de la coordinación comunitaria de los regímenes de Seguridad Social “desborda” las exigencias del derecho a la libre circulación de trabajadores, puesto que prescinde del “aspecto profesional transfronterizo”.

Como consecuencia del carácter polisémico del concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es factible que un trabajador por cuenta ajena a efectos del Derecho a la libre circulación no lo sea a efectos de la coordinación de sistemas de Seguridad Social (y viceversa): en la cuestión prejudicial *Ferlini*⁴⁵ los funcionarios afiliados al Régimen del Seguro de Enfermedad Común de las Instituciones de las Comunidades Europeas fueron calificados como trabajadores por cuenta ajena a los efectos del derecho a la libre circulación, pero al no ser sujetos protegidos por un régimen nacional de Seguridad Social coordinado, quedan excluidos de la aplicación de los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social. En cambio, los trabajadores autónomos son sujetos protegidos por el Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social, pero están excluidos del Reglamento 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

5. EXÉGESIS DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR/A A EFECTOS DE LAS DIRECTIVAS ANTERIORES A LA DIRECTIVA 2019/1158

5.1. Directivas que no se remiten a la legislación nacional

Cuando en las Directiva no existe una definición de trabajador ni una remisión a la legislación laboral nacional para delimitar su ámbito de aplicación personal, el Tribunal de Justicia ha optado por acudir al concepto jurisprudencial de trabajador a efectos del Derecho a la libre circulación de trabajadores⁴⁶. Esto conlleva, nada más y nada menos, que se aplique un concepto acuñado para situaciones en las que existe un elemento transfronterizo a situaciones puramente internas en las que no habido ningún desplazamiento por parte del trabajador/a o de sus familiares.

A título ilustrativo pueden citarse las siguientes Directivas respecto a cuya exégesis se ha hecho prevalecer el concepto comunitario de trabajador/a en materia de libre circulación de trabajadores:

En la cuestión prejudicial *Kiiski* el Tribunal de Justicia mantuvo que “a efectos de la aplicación de la Directiva 92/85, el legislador comunitario quiso proporcionar una definición comunitaria

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 1976, -39/76, (*Monthaan*), ECLI:EU:C:1976:181.

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 1965, -44/65, (*Singer*), ECLI:EU:C:1997:239.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 1990, -2/89, (*Kits van Heijningen*), ECLI:EU:C:1990:183: una persona entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 si reúne los requisitos exigidos por el artículo 1.a) en conexión con el artículo 2.1 del citado Reglamento, con independencia del tiempo que consagra al ejercicio de su actividad.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2000, -411/98, (*Ferlini*) ECLI:EU:C:2000:530.

⁴⁶ VV.AA.: *Report Expert Group Transposition of Directive (EU) 2019/1152 on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union*. European Commission, Op. cit., pp.8-16.

del concepto de trabajadora embarazada, aun cuando en lo relativo a uno de los aspectos de dicha definición, a saber, las modalidades de comunicación del estado de la trabajadora al empresario, se remitiera a las legislaciones y/o prácticas nacionales⁴⁷. Y en el caso Danosa⁴⁸ sostuvo que “los miembros del consejo de dirección de una sociedad de capital que prestan servicios a ésta y que forman parte integrante de ella, tienen la condición de trabajadores a efectos de la Directiva 92/85 si su actividad se ejerce, durante un tiempo determinado, bajo la dirección o el control de otro órgano de esta sociedad y si, a cambio de esta actividad, perciben una retribución”.

Respecto a la Directiva 2003/88, el Tribunal de Justicia ha interpretado 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 Unión⁴⁹. Se considera trabajador a cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. Por ello el Tribunal sentenció que los “acogedores familiares profesionales” habían de ser calificados como trabajadores a efectos de la citada Directiva⁵⁰. Y en la sentencia Fenoll⁵¹ el Tribunal se decantó por la misma respuesta respecto a la citada Directiva 2003/88 en el caso de una persona gravemente discapacitada que prestaba servicios en un Centro de Ayuda mediante el Trabajo, pese a que no le resultaban de aplicación todas las disposiciones del Código de Trabajo francés.

En la sentencia Balkaya⁵² y Pujante⁵³ se afirmó que “el concepto de trabajador a que se refiere el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59 no puede definirse mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros, sino que debe interpretarse de manera autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión”.

5.2. Directivas que remiten al derecho nacional

Cuando la Directiva en cuestión sí se remite a la legislación nacional para delimitar su ámbito de aplicación personal se observa cómo el Tribunal de Justicia utiliza otros criterios para llegar igualmente a la conclusión de que resulta inadmisibles la exclusión de ciertos colectivos en base a que no pueden ser calificados como trabajadores conforme al Derecho nacional.

Esto último lo ilustra perfectamente la sentencia O'Brien en la que se esgrimió el argumento del efecto útil de la Directiva: el Tribunal parte de la premisa de que el legislador de la UE al aprobar la Directiva 97/81, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, consideró que el concepto de trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo debía

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre 2007, -116/06, (Kiiski), ECLI:EU:C:2007:536.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2010, -232/09, (Danosa), ECLI:EU:C:2010: “un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte integrante, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de esta sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitaciones, cumple, a primera vista, los requisitos para poder ser calificado de trabajador en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2015, -316/13, (Fenoll), EU:C:2015:200.

⁵⁰ Sentencia de 20 de noviembre de 2018, -147/17, (Sindicatul Familia Constanța), EU:C:2018:926: “relación de subordinación, que se concreta en la supervisión y evaluación permanente de sus actividades por parte de dicho servicio a la luz de las exigencias y criterios previstos en el contrato y en aras del cumplimiento de la misión de protección de la infancia, que compete por ley a los servicios de este tipo. No pone en entredicho esta apreciación la circunstancia de que los acogedores familiares profesionales, como las personas físicas demandantes en el litigio principal, dispongan de un considerable margen de apreciación en el ejercicio cotidiano de sus funciones”.

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2015, -316/13, (Fenoll), EU:C:2015:200.

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2015, -229/14, (Balkaya), ECLI:EU:C:2015:455.

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2015, 422/14, (Pujante), ECLI:EU:C:2015:743.

ser interpretado con arreglo al Derecho nacional. En el Reino Unido los jueces son calificados como personas titulares de un cargo que trabajan fuera del marco de un contrato. Sin embargo, respecto al juez O'Brien el Tribunal de Justicia sostuvo que los Estados miembros no pueden aplicar una normativa nacional que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una Directiva y, como consecuencia, privarla de su efecto. Salvaguardar el efecto útil del principio de igualdad de trato consagrado por dicho Acuerdo marco implica que únicamente puede admitirse una exclusión si la naturaleza de la relación laboral de que se trata es sustancialmente diferente de la que vincula con sus empleadores a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores⁵⁴.

En el caso *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*⁵⁵ el Tribunal de Justicia concluyó que “limitar el concepto de trabajador en el sentido de la Directiva 2008/104 a las personas incluidas en este concepto en virtud del Derecho nacional, podría menoscabar el efecto útil de esta Directiva al limitar de manera excesiva e injustificada su ámbito de aplicación. Tal limitación permitiría a los Estados miembros o a las empresas de trabajo temporal excluir, según su voluntad, a determinadas categorías de personas de la protección que persigue dicha Directiva y, en particular, de la aplicación del principio de igualdad de trato.

Otros ejemplos en los que pese a que las Directivas se remitan al Derecho nacional para definir sus ámbitos de aplicación personal el Tribunal de Luxemburgo ha optado por una interpretación del concepto de trabajador que trasciende el derecho interno son las cuestiones prejudiciales UX⁵⁶ y *Piscarreta*⁵⁷.

5.3. Directiva 2019/1152, remisión híbrida al Derecho nacional y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como ya se ha indicado anteriormente, el artículo 2 de la Directiva 2019/1158 (que constituye el objeto de este trabajo) define su ámbito de aplicación personal en los mismos términos que el artículo 1.2 de la Directiva 2019/1152⁵⁸, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

Con la ventaja de que el Considerando Octavo de la Directiva 2019/1152 afirma que “en su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador”, remitiendo, en nota a pie, a un listado de cinco sentencias que ilustran el carácter poliédrico que el concepto tiene para el Tribunal.

Y es que entre esas cinco sentencias nos encontramos tanto ejemplos de sentencias en los que se analiza el concepto de trabajador a efectos del derecho a la libre circulación de trabajadores, como de sentencias que analizan el concepto de trabajador a la luz de Directivas que contienen una remisión al Derecho nacional y también de Directivas que adolecen del concepto de trabajador. Por si fuera

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 2012, -393/10, (O'Brien), ECLI:EU:C:2012:110.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2016, 216/15, (*Betriebsrat der Ruhrlandklinik*), ECLI:EU:C:2016:883.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020 658/18, (UX), ECLI:EU:C:2020:572.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de julio de 2017, -416/16, (Piscarreta), ECLI:EU:C:2017:574.

⁵⁸ Sobre la Directiva 2019/1152 cfr., entre otros, Miranda Boto, J.M.: “Algo de Ruido. ¿Cuántas Nueces?. La Nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español”, *Temas Laborales*, nº 149/2019; pp.71-100. Y Elorza Guerrero, F.: “La Directiva sobre Condiciones Laborales Transparentes y Previsibles y su Transposición en España”. *Temas Laborales* nº 68/2023; pp. 67-102.

poco, hasta se incluye en el listado una sentencia en la que se califica como trabajador a efectos del Derecho de la UE a un falso autónomo.

La primera sentencia del listado contenido en la nota a pie del Considerando Octavo de la Directiva 2019/1152 resolvió la emblemática cuestión prejudicial Lawrie-Blum⁵⁹. El litigio versó sobre el concepto de trabajador por cuenta ajena a efectos del Derecho a la libre circulación de trabajadores y el Tribunal de Justicia falló que “la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración...No cabe negar la índole económica de estas actividades por el hecho de prestarse bajo un estatuto de Derecho público⁶⁰.”

La segunda sentencia⁶¹, de 14 de octubre de 2010, reitera la definición de relación laboral contenida en la cuestión prejudicial Lawrie-Blum, pero en esta ocasión aplicada al concepto de trabajador a efectos de la Directiva 2003/88, en la que no hallaremos una definición de trabajador. De esta sentencia se deduce la *vis atractiva* del concepto de trabajador a efectos del Derecho a la libre circulación que trasciende su ámbito para ser aplicado también a Directivas y a situaciones puramente internas, sin conexión con elemento transfronterizo alguno.

En la tercera sentencia⁶², el Tribunal sostiene que “el concepto de trabajador a que se refiere el artículo 1.1.a) de la Directiva 98/59⁶³ (que no incluye un concepto de trabajador) no puede definirse mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros, sino que debe interpretarse de manera autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión. Reitera “que la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”.

La cuarta sentencia considera trabajador a efectos del Derecho de la UE a un falso autónomo: la calificación de “prestador autónomo” con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada de trabajador a efectos del Derecho de la Unión si su independencia sólo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral⁶⁴. El estatuto de trabajador a efectos del Derecho de la Unión no se ve afectado por el hecho de que una persona sea contratada como prestadora autónoma de servicios con arreglo al Derecho nacional, sea por motivos tributarios, administrativos o burocráticos, siempre que actúe bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo, que no participe en los riesgos comerciales de dicho empresario⁶⁵ y que esté integrada en la empresa durante el período de la relación laboral⁶⁶.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, -66/85, (Lawrie-Blum), ECLI:EU:C:1986:284: el profesor en período de práctica es trabajador por cuenta ajena a efectos del derecho a la libre circulación

⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1974, -152/73, (Sotgiu), ECLI:EU:C:1974:13.

⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, -428/09, (Union Syndicale Solidaires Isère), ECLI:EU:C:2010:612: los titulares de contratos que ejercen actividades ocasionales o de temporada en centros de vacaciones y de ocio y trabajan un máximo de ochenta días al año están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88.

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2015, -229/14, (Balkaya), ECLI:EU:C:2015:455.

⁶³ Directiva 98/59 de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero, -256/01, (Allonby), EU:C:2004:18.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre, -3/87, (Aegeate), EU:C:1989:650.

⁶⁶ Sentencia de 16 de septiembre de 1999, -22/98, (Becu), EU:C:1999:419.

La quinta sentencia⁶⁷, al analizar el concepto de trabajador a los efectos de la Directiva 2008/104⁶⁸, se remite al concepto de trabajador efectos del Derecho a la libre circulación de trabajadores pues especifica que: “abarca a toda persona que realice una prestación laboral, es decir, que lleve a cabo, durante cierto tiempo, a favor de otra persona y bajo su dirección, prestaciones a cambio de las cuales recibe una retribución, y que esté protegida por ello en el Estado miembro de que se trate con independencia de la calificación jurídica de su relación laboral en Derecho nacional, de la naturaleza del vínculo jurídico que una a estas dos personas y de la forma de esa relación”.

6. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1158: ¿POR QUÉ CITA SOLO A LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL, TRABAJADORES CON CONTRATOS TEMPORALES Y TRABAJADORES EN MISIÓN?

Vista la selección de sentencias utilizadas por el legislador de la UE para ilustrar sobre el ámbito de aplicación personal de la Directiva 2019/1152 hay que concluir que, a los efectos de interpretar el artículo 2 de la Directiva 2019/1158, habría que optar por un concepto omnicompreensivo de trabajador/a, que desde luego rebasará los límites de los conceptos nacionales cuando estos supongan una limitación al efecto útil de esta Directiva.

Respecto al campo de aplicación personal de la Directiva 2019/1158 la exégesis de su artículo 2 se ve facilitada por su Considerando Décimo Séptimo que especifica que la misma se “*aplica a todos los trabajadores con contratos de trabajo u otra relación laboral, incluidos los contratos relacionados con el empleo o las relaciones laborales de los trabajadores a tiempo parcial, los trabajadores con contrato de duración determinada o las personas que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, de acuerdo con lo previsto precedentemente en la Directiva 2010/18. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los criterios para determinar la condición de trabajador, compete a los Estados miembros definir los contratos de trabajo y las relaciones laborales*”.

Para comprender la razón de ser de estas concretas inclusiones debemos remitirnos al Considerando Décimo Segundo de la Propuesta de Directiva presentada en 2017 que indica que “*al igual que en la cláusula 2, apartado 3, del anexo de la Directiva 2010/18⁶⁹, deben incluirse aquí los contratos de trabajo o relaciones laborales de trabajadores a tiempo parcial, de trabajadores con contrato de duración determinada o de personas que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal*”.

Es decir, que si se mencionan específicamente a estos concretos trabajadores en la Directiva 2019/1158 es simplemente porque lo mismo hacía la Directiva 2010/18 (a la que deroga). Pero en modo alguno puede ser calificado el citado Considerando Décimo Séptimo de *numerus clausus* porque el ámbito de aplicación materia⁸¹ de la Directiva 2019/1158 es mucho más extenso que el de la Directiva 2010/18 ya que, además del permiso parental, la Directiva 2019/1158 regula también

⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2016, 216/15, (Betriebsrat der Ruhrlandklinik), ECLI:EU:C:2016:883.

⁶⁸ Directiva 2008/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal: “1. A efectos de lo dispuesto en la presente Directiva, se entenderá por: a) trabajador: toda persona que, en el Estado miembro en cuestión, esté protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional sobre empleo”.

⁶⁹ Directiva 2010/18 del Consejo de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental: La cláusula 2, apartado 3 del Anexo dice así: “los Estados miembros o los interlocutores sociales no podrán excluir del ámbito de aplicación del presente Acuerdo a trabajadores, contratos de trabajo o relaciones laborales únicamente por el hecho de que se trate de trabajadores a tiempo parcial, de trabajadores con contrato de duración determinada o de personas que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal”.

el permiso por paternidad⁷⁰, el permiso para cuidadores, la ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor y fórmulas de trabajo flexible para trabajadores que sean progenitores o cuidadores,

7. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1158 EN ESPAÑA: ZONAS GRISES

7.1. La inclusión de los “contratos relacionados con el empleo”: trabajadores a demanda, trabajadores intermitentes, trabajadores retribuidos mediante vales y trabajadores de plataformas en línea.

Resulta cuando menos enigmático que, conforme al Considerando Décimo Séptimo de la Directiva 2019/1158, ésta expresamente incluya a los “contratos relacionados con el empleo” como una nueva categoría. Y ello porque semejante nomenclatura es inexistente en Derecho español y, salvo error u omisión, también en Derecho comparado. De hecho, no encontraremos ninguna referencia a los “contratos relacionados con el empleo” en la Propuesta de esta Directiva presentada en 2017. Ocasionalmente, en el Derecho social de la UE las dificultades interpretativas pueden derivar de una traducción no literal, pero éste no es el caso porque la versión en inglés (*contracts relating to the employment*) o en alemán (*Verträgen im Zusammenhang mit der Beschäftigung*) coinciden fielmente con la española.

En el citado Considerando 17 citado se diferencia entre “contratos relacionados con el empleo o relaciones laborales...”. Tanto en la versión en español, como en otras versiones lingüísticas oficiales del precepto, entre ambos términos aparece una conjunción coordinante que tiene valor disyuntivo y expresa alternancia entre distintas opciones. Si el legislador comunitario entendiera que estamos ante conceptos sinónimos no se alcanza a comprender el motivo del invento de esta nueva nomenclatura.

La tesis que aquí se defiende, y que se somete a cualquier otra mejor fundada, es que “contratos relacionados con el empleo” sería un concepto introducido expresamente en la Directiva 2019/1158 por ser lo suficientemente amplio como para incluir muy diferentes tipos de figuras contractuales que en los Estados miembros existan (o puedan existir) y cuya calificación como contrato laboral o relación laboral pudiera ser controvertida a nivel nacional. Esta interpretación extensiva se vería reforzada por el hecho de que si en los Estados miembros las personas que disfruten de los permisos por motivos de conciliación que la Directiva 2019/1158 regula tuvieran por ello derecho a prestaciones de Seguridad Social -opción prevista por la propia Directiva- sería controvertido reservarlas exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena.

En el mismo orden de ideas, la expresión “contratos relacionados con el empleo” podría también englobar contratos atípicos y nuevas formas de trabajo⁷¹ cuando quienes los realizan cumplen con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para ser calificados como trabajadores.

En apoyo de esta última interpretación se parte del hecho -ya reiterado en este trabajo- de que la definición del ámbito de aplicación personal de la Directivas 2019/1152 (artículo 1.2) coincide literalmente con el de la Directiva 2019/1158 (artículo 2). Y el Considerando Octavo de la Directiva

⁷⁰ Permiso no del todo novedoso pues se mencionaba en el artículo 16 de la Directiva 2006/54/CE. Cfr. CABEZA PEREIRO, J.: “La Directiva de Conciliación de la Vida Familiar y Profesional”, *Revista de Derecho Social* n° 92/2000, p.54.

⁷¹ MANDL I.: *Eurofound, New Forms of Employment 2020 Update*, New forms of Employment Series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, pp.7-49. El informe cita como nuevas formas de trabajo las siguientes: ICT-based mobile work, platform work, casual work, employee sharing, job sharing, voucher-based work and collaborative employment. Tema desarrollado por RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.: “Todos Eran Mis Hijos: el Derecho del Trabajo y las Nuevas Formas de Empleo”, *Revista Derecho & Sociedad* n° 53/2019, pp.188-193.

2019/1152 aclara que “en su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador. La interpretación que el Tribunal de Justicia hace de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de la presente Directiva. Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda⁷², los trabajadores intermitentes⁷³, los trabajadores retribuidos mediante vales⁷⁴, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva...”. Encontramos aquí listados muchos, pero no todos, de los nuevos empleos del S. XXI identificados en la célebre investigación liderada por Eurofound.

En cualquier caso, que los trabajadores mencionados en el Considerando Octavo de la Directiva 2019/1152 estarán incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/1158 cuando reúnan los requisitos derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es la propuesta defendida por CHIEREGATO⁷⁵ y DE LA CORTE-RODRÍGUEZ⁷⁶ que compartimos.

E, incluso, dando un paso más, entre estos “contratos relacionados con el empleo” pero que, simultáneamente, no son contratos de “trabajo” ni relación “laboral, se podría aventurar la inclusión de figuras en la frontera entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo autónomo en sentido estricto.

En concreto, por lo que a España se refiere sería el caso del trabajador económicamente dependiente a los que la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo reconoce el derecho a la conciliación familiar en su artículo 11.2.a) respecto a los casos de nacimiento o acogimiento de menores, por cuidado de menores de siete años que tengan a su cargo; por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada; o por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, debidamente acreditada. A mayor abundamiento, el artículo 16.b) del mismo cuerpo legal prevé como causa de interrupción de la actividad profesional de los trabajadores económicamente dependientes la necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles.

7.2. Becarios y Prácticas no laborales

Queda fuera de toda duda la aplicación de la Directiva 2019/1158 a los trabajadores con contratos formativos del artículo 11 TRET, pero la respuesta no parece tan simple cuando se trata de becarios o personas que realizan prácticas no laborales.

Las prácticas no laborales en empresas, *stricto sensu*, están reguladas por el Real Decreto 1543/2011 y son realizadas con intervención de los Servicios Públicos de Empleo. Su finalidad es mejorar la empleabilidad de jóvenes que, pese a estar suficientemente cualificados carecen de experiencia profesional. Las personas que realizan prácticas no laborales en empresas -a los que

⁷² El trabajo a demanda se considera una “forma de trabajo atípica”. Su denominación resalta sus principales características: flexibilidad y adaptabilidad a las necesidades del mercado laboral. Dentro de esta categoría se incluiría, p.e., el contrato de cero horas. Cfr.: BILETTA, I., y CERF, C.: *Eurofound, Work On Demand: Recurrence, Effects and Challenges*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, pp.1-5.

⁷³ El trabajo intermitente es una forma de empleo que frecuentemente se relaciona con un proyecto individual, una tarea específica o un trabajo estacional. Se realiza durante un período de duración determinada que implica cumplir una tarea o completar un número específico de tareas. Cfr. MANDL I.: *Eurofound, New Forms of Employment 2020 Update*, Op. cit.; p.25.

⁷⁴ MANDL I.: *Eurofound, New Forms of Employment 2020 Update*, Op. cit.; p.41.

⁷⁵ CHIEREGATO E.; “A Work-Life Balance for all? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158”. Op. cit. p.73.

⁷⁶ DE LA CORTE-RODRÍGUEZ, M.; *The Transposition of the Work-Life Balance Directive in EU Member States: A long way ahead*, European Commission, Bruselas. 2022; p.46.

el Real Decreto 1543/2011 en ningún momento califica de becarios- cobrarán una beca que corre exclusivamente a cargo de la empresa en la que estén realizándose tales prácticas. Gozan de protección de la Seguridad Social. La utilidad patrimonial de quien recibe la prestación de servicios es la misma en el caso de las prácticas no laborales que en el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios.

La exclusión de este colectivo del Derecho del Trabajo español no presupone en modo alguno que incumplan los requisitos de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo para ser considerados sujetos protegidos por la Directiva 2019/1158. Esto lo confirma el caso *Mattern*⁷⁷, en el que el Tribunal dictaminó que “si las prácticas se desarrollan en las condiciones de una actividad por cuenta ajena real y efectiva, el hecho de que el período de prácticas pueda considerarse una preparación práctica vinculada al ejercicio mismo de la profesión no puede impedir la aplicación del artículo 39 CE” (actual artículo 45 TFUE).

Por lo que respecta a la beca (definida por la Real Academia de la Lengua Española como “subvención para realizar estudios o investigaciones”) jurídicamente no puede ser identificada con el salario, quedando la prestación de trabajo de los becarios excluida del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia española tampoco es infrecuente que auténticas relaciones de trabajo por cuenta ajena se pretendan camuflar como becas. Deslindar entre beca y contrato de trabajo puede ser complejo ya que ambos tienen en común la realización de una actividad y la existencia de una compensación económica. Para trazar la frontera los tribunales españoles recurren a la teoría del interés predominante: según prime la finalidad docente en beneficio del perfeccionamiento y ampliación de conocimientos y formación del becario, o el interés de la empresa en obtener una utilidad patrimonial de la actividad del becario⁷⁸.

Sin embargo, el escollo es que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo no utiliza estos criterios jurisprudenciales nacionales para determinar si un becario puede ser calificado como trabajador a efectos del Derecho de la Unión Europea, sino que recurre a su propio concepto comunitario de trabajador: en el asunto *Raccanelli* no excluyó que pudiera calificarse como trabajador a efectos del Derecho de la UE a quien se le había concedido una beca de investigación por una Organización No Gubernamental de utilidad pública para realizar una tesis doctoral -que no conlleva su afiliación a un régimen de la Seguridad Social- “si su actividad se hubiese desarrollado durante un cierto tiempo, bajo la dirección de un instituto perteneciente a dicha asociación y si percibiese una retribución, como contrapartida de la referida actividad”⁷⁹.

En la sentencia *Balkaya*⁸⁰ el Tribunal de Justicia afirmó que el concepto de trabajador en Derecho de la Unión comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden ser considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de que se trate, dado que tales períodos se efectúan en las condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de éste. El Tribunal de Justicia ha precisado que esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que la productividad del interesado sea escasa, no realice una tarea completa y, por tanto, sólo trabaje durante un número reducido de horas por semana y consecuentemente no perciba más que una retribución limitada. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende, asimismo, que ni el contexto jurídico de la relación laboral en Derecho nacional en el marco de la cual se realiza una formación profesional o una actividad en prácticas, ni

⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de marzo de 2006, 10/05, (*Mattern*), ECLI:EU:C:2006:220.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2022, ECLI:ES:TS:2022:2247, y las que en ella se citan.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, -94/07, (*Raccanelli*), ECLI:EU:C:2008:425.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2015, -229/14, (*Balkaya*), ECLI:EU:C:2015:455.

el origen de los recursos destinados a la retribución del interesado, ni la financiación de ésta mediante subvenciones públicas, pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento, o no, de una persona como trabajadora.

Por lo que a España se refiere, y aun reconociendo que habrá que analizar caso por caso, la inclusión de los becarios en el ámbito subjetivo de la Directiva 2019/1158 cobra fuerza tras la aprobación de la Disposición Adicional Quincuagésimo Segunda de la Ley General de la Seguridad Social por el Real Decreto-ley 2/2023: todos los alumnos, sean o no remuneradas las prácticas, cotizarán a la Seguridad Social⁸¹ y, por tanto, tienen derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Y si tienen derecho a uno de los permisos que regula la Directiva 2019/1158 por las cargas familiares que acreditan, deberían tener derecho a todos, porque si hay algo que la Directiva no prevea es que se pueda ser “trabajador/a” a efectos de uno de los permisos previstos excluyendo al resto.

7.3. Relaciones laborales especiales

Conforme al Derecho español, los sujetos incluidos en alguna de las relacionales laborales especiales listadas en el artículo 2.1 TRET han de ser calificados como trabajadores por cuenta ajena, en tanto y en cuanto cumplen todos los requisitos del artículo 1.1 del mismo cuerpo legal.

A mayor abundamiento, hay que tener presente que la Directiva 2019/1158 no es una Directiva que autorice a los Estados a excluir a determinadas categorías de trabajadores de su ámbito de aplicación según el lugar, duración o modo de realización de la prestación de trabajo.

Consecuentemente, habrá que concluir que, pese a que las disposiciones de trasposición interna española no contengan previsión expresa al respecto, ni la normativa específica aplicable a las relaciones laborales especiales haya sido modificada tras la entrada en vigor de la Directiva 2019/1158, la misma resulta aplicable a todas las relaciones laborales especiales por aplicación del principio de primacía del Derecho de la UE, que se predica tanto del Derecho originario como derivado.

La anterior conclusión, sin embargo, plantea al menos dos cuestiones prácticas problemáticas: la primera es la aplicación del permiso parental al personal del servicio del hogar familiar que puede resultar económicamente inasumible para sus empleadores si la contraprestación que se establezca para los trabajadores es una remuneración en vez de una prestación de Seguridad Social.

En segundo lugar, en relación con los penados en instituciones penitenciarias se plantean importantes problemas aplicativos: aunque el artículo 26.f) de la Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria establece que en el desarrollo del trabajo los penados gozarán de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social⁸², la paternidad no está contemplada como causa de suspensión de la relación laboral en el artículo 9 del Real Decreto 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios. Tampoco se menciona en el artículo 19 del mismo cuerpo legal -que lleva por rúbrica “Acción Protectora de la Seguridad Social”- el cual, por el contrario, sí incluye la maternidad⁸³. A pesar de las reformas experimentadas por el permiso de paternidad en España (actualmente prestación por nacimiento y cuidado de menor), el Real Decreto 782/2001 no ha sido

⁸¹ MORENO GENÉ, J.: “La Extensión de la Protección Social a todos los Alumnos en Prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* nº 35/2023, pp. 69-94.

⁸² ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *Cárcel y Derecho del Trabajo. La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

⁸³ El artículo 38.2 Ley Orgánica Penitenciaria prevé que las internas podrán tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad.

objeto de reforma, por lo que contraviene el derecho reconocido en la Directiva 2019/1158 respecto al nuevo permiso retribuido de paternidad de 10 días laborales.

Igualmente problemática resultará aplicar el permiso parental y para cuidadores regulado en la Directiva 2019/1158 para esta relación laboral especial (ya sean hombres o mujeres), ya que no son subsumibles en los supuestos de hecho de los permisos ordinarios y extraordinarios penitenciarios. Análogos problemas a los expuestos se plantean con respecto a la relación laboral especial de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal.

El dilema respecto a estos colectivos de trabajadores por cuenta ajena en situación de privación de libertad es determinar si también en este caso la Directiva 2019/1158 ha de primar sobre la normativa interna nacional o si, por el contrario, el régimen de permisos penitenciarios regulado por el Derecho Penal español al no ser ésta competencia transferida a la UE, ni englobada en el Espacio Judicial Europeo, queda al margen de las Directivas sociales.

7.4. Funcionarios

¿Están incluidos los funcionarios dentro del ámbito de aplicación personal de la Directiva 2019/1158? La respuesta ha de ser afirmativa⁸⁴:

Aunque conforme a la exclusión constitutiva contenida en el artículo 1.3.a) del TRET no puedan ser calificados los funcionarios como trabajadores por cuenta ajena, está fuera de toda duda que realizan una prestación efectiva, retribuida y en régimen de subordinación.

Por tanto, cumplen todos los elementos sobre los que se construye el concepto comunitario de trabajador. No es extraño, pues, que tempranamente el Tribunal de Justicia en el caso Ferlini⁸⁵ calificase a los funcionarios de las Comunidades Europeas como trabajadores por cuenta ajena a los efectos del Derecho a la libre circulación.

Respecto a la Directiva 2019/1158 ninguna de sus disposiciones permite inferir que su ámbito de aplicación excluya a los funcionarios (a diferencia de lo que ocurre con la Directiva 2019/1152, que sí lo contempla en su artículo 1.6). Por tanto, la Directiva 2019/1158 englobará a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan (igual que hacía la Directiva 96/34 sobre el Acuerdo Marco del Permiso Parental, derogada por la Directiva 2010/18 y ésta a su vez por la Directiva 2019/1158⁸⁶).

A mayor abundamiento, la Directiva 2019/1158 establece requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. Y el Tribunal de Justicia tiene declarado que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que pertenece a las disposiciones sociales del Tratado, tiene alcance general y se aplica a las relaciones de empleo del sector público⁸⁷.

⁸⁴ DE LA CORTE-RODRÍGUEZ, M.: *The Transposition of the Work-Life Balance Directive in EU Member States: A long way ahead*, European Commission. Op. cit.; p.46.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2000, -411/98, (Ferlini), ECLI:EU:C:2000:530.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 2010, -149/10, (Chatzi), ECLI:EU:C:2010:534.

⁸⁷ Sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 1997, 1/95, (Gerster), ECLI:EU:C:1997:452; y de 11 de enero de 2000, -285/98, (Kreil), ECLI:EU:C:2000:2. Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 2012, -393/10, (O'Brien), ECLI:EU:C:2012:110: "la definición, a efectos de este Acuerdo marco, del concepto de trabajador a tiempo parcial, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan".

En el caso español, la inclusión de los funcionarios en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/1158 se ve confirmada por la reforma del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público llevada a cabo por el Real Decreto-ley 5/2023 que traspone la citada Directiva.

7.5. Consejeros y miembros de órganos de administración de sociedades

Conforme al artículo 1.3.c) TRET se excluye del concepto de trabajador por cuenta ajena “*a quienes se limiten, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo*”.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Balkaya que “el hecho de que una persona tenga la condición de miembro de un órgano de dirección de una sociedad de capital no puede excluir por sí solo que esa persona se halle en una relación de subordinación respecto a dicha sociedad sino que procede examinar las condiciones en las que ese miembro fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido”.

Y en la sentencia Danosa se afirmó que “un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital, que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para poder ser calificado de trabajador en el sentido del Derecho de la Unión”⁸⁸.

7.6. Trabajadores autónomos

A tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva 2019/1158 resultará indudablemente aplicable a los “falsos autónomos”. El falso trabajo por cuenta propia -a la luz del Considerando Octavo de la Directiva 2019/1152 y del Considerando Octavo de la Decisión 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 relativa a la creación de una Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado- se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales.

Y es que “la calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador si su independencia sólo es ficticia⁸⁹ y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral, siempre que actúe bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo⁹⁰, que no participe en los riesgos comerciales de dicho empresario⁹¹ y que esté integrado en la empresa durante el período de la relación laboral y, de este modo, forme con ella una unidad económica”⁹².

⁸⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2010, -232/09, (Danosa), EU:C:2010:674.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2014, -423/13, (FNV), ECLI:EU:C:2014:2411.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero, -256/01, (Allonby), EU:C:2004:18.

⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre, -3/87, (Aegate), EU:C:1989:650.

⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 1999, -22/98, (Becu), EU:C:1999:419.

Por el contrario, las características que se suelen asociar con las funciones de un trabajador autónomo real son la “mayor flexibilidad en lo que respecta a la elección del tipo de trabajo y de las tareas que han de ejecutarse, del modo en que dicho trabajo o tareas deben ser acometidas, del horario laboral, del lugar de trabajo y para seleccionar a sus propios colaboradores”⁹³.

Llegados a este punto podríamos dar un paso más y plantearnos si los trabajadores por cuenta propia, en sentido estricto, están excluidos del ámbito de aplicación personal de la Directiva 2019/1158. Aparentemente la respuesta debiera ser afirmativa y así lo han defendido. De hecho, en España, el Real Decreto-ley 5/2023 por el que se traspone la Directiva 2019/1158 no contiene ninguna reforma de la ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, aunque esta última norma sí reconoce el derecho de los trabajadores autónomos a la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar (artículo 4.3.g).

La exclusión de los autónomos del texto de la Propuesta de Directiva fue objeto de críticas por el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones. Su Recomendación nº 6 dice: “lamenta que el ámbito de aplicación de la Directiva se limite a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral, y que no incluya las distintas formas de trabajo atípico, como los trabajadores autónomos, lo que estaría en consonancia con la Directiva 2010/41 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma”. Hay que aclarar que en la Propuesta de Directiva objeto del Dictamen la redacción de su artículo 2⁹⁴ no era la vigente, puesto que no contenía ninguna referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación personal de la Directiva.

Asimismo, hay que recordar que la Directiva 2010/41 -invocada en el citado Dictamen del Comité Europeo de las Regiones- y aplicable a los trabajadores autónomos es expresamente citada en el Considerando Octavo de la Directiva 2019/1158 como ejemplo de Directiva que, en materia de igualdad de género y condiciones de trabajo, aborda determinadas cuestiones relevantes a efectos de la conciliación de la vida familiar y la vida profesional⁹⁵.

Cabe también destacar que, a diferencia de la Directiva 2019/1152 cuyo Considerando Octavo excluye de su ámbito de aplicación expresamente a los trabajadores “que realmente sean por cuenta propia”, no existe en la Directiva 2019/1158 ninguna disposición similar.

Resulta también significativo que el artículo 18 de la Directiva 2019/1158 imponga a la Comisión la obligación de elaborar a partir de 2027 un informe sobre la aplicación de esta Directiva en la que preceptivamente se ha de incluir “un estudio de los derechos a permisos por motivos familiares que se conceden a los trabajadores por cuenta propia”. Si los autónomos están excluidos no se comprende la razón de porqué ese estudio se ha de adjuntar, precisamente, a un futuro informe sobre la aplicación que hagan los Estados de la Directiva 2019/1158.

Lo que parece innegable es que la exclusión de los trabajadores por cuenta propia impedirá alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva 2019/1158 de “*contrarrestar la desventajosa situación de las mujeres en el mercado de trabajo, así como los efectos nocivos derivados de la perpetuación de los roles de cuidado*”. Y es que estas desventajas y efectos nocivos no los sufren solo las trabajadoras por cuenta ajena sino también las trabajadoras por cuenta propia. Es decir, que los

⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2014, -270/13, (Haralambidis), ECLI:EU:C:2014:2185.

⁹⁴ “La presente Directiva se aplicará a todos los trabajadores, hombres y mujeres, con contratos de trabajo o con otra relación laboral”.

⁹⁵ Cfr. MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *Cuidadores, Igualdad y No Discriminación y Corresponsabilidad: La (R)Evolución de los Derechos de Conciliación de la Mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, 2023; pp.52-53.

trabajadores autónomos se pueden encontrar **en este ámbito en una “situación de vulnerabilidad comparable” a la de un trabajador por cuenta ajena -parafraseando a la terminología del Tribunal de Justicia-**.

8. ¿RECAERÁ EL COSTE ECONÓMICO DE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN LOS EMPLEADORES O EN EL ESTADO?

Esta es la pregunta clave que plantea la trasposición de la Directiva 2019/1158. Porque una cosa es que sus objetivos puedan ser aplaudidos por todos los agentes sociales y Gobiernos y otra muy diferente pretender la misma unanimidad respecto a la cuestión de quién haya de financiar el gasto económico derivado de las cargas familiares que tenga en concreto cada trabajador/a. Máxime cuando la financiación de los permisos no es un tema cerrado en la Directiva cuyo artículo 8, respecto al permiso de paternidad y el permiso parental, remite al Derecho nacional para que se opte por una de estos dos vías: retribución o prestación económica.

En el primer caso, serán los empleadores los que sufragen los permisos de paternidad y parental como permisos retribuidos. Pero si, por el contrario, a los trabajadores que ejerzan esos permisos se les reconoce el derecho a una prestación económica con cargo a los sistemas de protección social, será el Estado el que haya de afrontar el gasto. El hecho de que no se imponga la misma vía de financiación en todo el territorio de la Unión Europea colocará a los empleadores de los países en que se opte por la retribución salarial de los permisos en una situación de desventaja competitiva frente a los que de aquellos Estados en los que se financien los permisos de la Directiva 2019/1158 a través de prestaciones sociales. Pues los primeros tendrán unos costes salariales más elevados que los segundos.

Y si la trasposición de los permisos regulados en la Directiva se articula como prestaciones de Seguridad Social, y no olvidemos que la paternidad es uno de los riesgos sociales cubiertos por el Reglamento 883/2004, esto puede abrir un nuevo foco de debate en la medida en que el concepto comunitario de trabajador a efectos de la libre circulación no coincide con el concepto a efectos de coordinación de sistemas de Seguridad Social: ¿igual que el Tribunal de Justicia ha aplicado el concepto de trabajador del artículo 45 TFUE a Directivas, podría recurrir al concepto del artículo 48 TFUE para interpretar el concepto de trabajador cuando de los permisos de la Directiva 2019/1158 se trate?

Mutatis mutandi, coincidimos con PÉREZ DEL PRADO⁹⁶ cuando se plantea la cuestión de si **Directivas en el campo de la política social serían susceptibles de ser aplicadas al trabajo autónomo, y no lo descarta totalmente por lo que se refiere a la Directiva 2019/1158 en base a que conforme su artículo 2**, “la referencia a tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podría entenderse no sólo a los efectos del concepto europeo de trabajo por cuenta ajena, sino también en lo que hace a la aplicación análoga al trabajo por cuenta propia”. Pero, hoy por hoy, es una mera hipótesis que solo el tiempo podrá resolver a la vista de cómo interprete el TJUE en el futuro la Directiva 2019/1158.

Trasladando el debate a España hay que recordar que la prestación de Seguridad Social por paternidad y maternidad se ha unificado en la prestación por nacimiento y cuidado de menor, que está incluida dentro de la acción protectora de todos los regímenes del Sistema de Seguridad Social español. Esto implica que no solo se reconoce a los trabajadores por cuenta ajena sino también a los trabajadores autónomos con una duración idéntica en ambos casos: dieciséis semanas.

⁹⁶ PÉREZ DEL PRADO, D.: “La Aplicación del Derecho del Trabajo al Empleo Autónomo. Reflexiones en torno a la Sentencia del TJUE de 12 de enero 2023”, <https://www.elforodelabos.es/author/danielperez/>:

La duda pendiente es qué ocurrirá cuando se transponga totalmente el permiso parental en España, puesto que, como se infiere de la Disposición Final Octava del Real Decreto-ley 5/2023, de momento la trasposición no solo ha sido tardía, sino parcial, puesto que no se ha regulado su retribución en el TRET⁹⁷. Al respecto, NIETO ROJAS⁹⁸ ha sostenido que la “ubicación del permiso parental en el artículo 48 bis TRET sugiere una fórmula suspensiva, en la que la compensación económica debiera articularse a través de una prestación de la Seguridad Social”. Y caso de que así sucediera, la solución que se propugna es la equiparación entre trabajadores por cuenta ajena y autónomos por lo que respecta a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia.

9. CONCLUSIONES

A efectos de la definición de trabajador/a, la Directiva 2019/1158 remite tanto a las definiciones nacionales como a la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea. Este concepto “dual” o “híbrido” no es casual, sino resultado de la “derrota” de la Comisión que propuso en su momento incluir un concepto comunitario de trabajador/a para salvaguardar el principio de seguridad jurídica, propuesta que no prosperó.

En relación con el artículo 2 de la Directiva 2019/1158 el concepto de trabajador/a traspasa los límites de los conceptos nacionales cuando estos supongan una limitación al efecto útil de esta Directiva.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dotado al concepto de trabajador/a de un contenido uniforme a efectos del Derecho a la libre circulación de trabajadores que pivota sobre la concurrencia de tres requisitos acumulativos: realización de prestaciones, retribución y subordinación.

A los efectos de la Directiva 2019/1158 el concepto de relación laboral, tal y como es interpretado por el Tribunal de Justicia, incluye la prestación de servicios regulada por el Derecho administrativo.

La Directiva 2019/1158 se aplicará a cuantos puedan ser calificados como trabajadores conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no permitiendo excepción alguna al respecto. A estos efectos, trabajadores por cuenta ajena y funcionarios son términos sinónimos.

La trasposición de la Directiva en España plantea graves dificultades aplicativas en relación con las relaciones laborales especiales de las personas trabajadoras por cuenta ajena privadas de libertad.

⁹⁷ NIETO ROJAS, P.: “La Transposición de la Directiva 2019/1158 de Conciliación de la Vida Familiar y la Vida Profesional a través del Real Decreto-ley 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* nº 7/2023, p.89: “para los empleados públicos el permiso parental se incorpora en el listado de permisos del artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 49), lo que garantiza su carácter retribuido”.

⁹⁸ NIETO ROJAS, P.; “La Transposición de la Directiva 2019/1158 de Conciliación de la Vida Familiar y la Vida Profesional a través del Real Decreto-ley 5/2023”, *Op. cit.*; p.89: “como quiera que el plazo límite general para la transposición de la Directiva era el 2 de agosto de 2022, pero para la retribución de las dos últimas semanas del permiso parental se fija en la propia norma comunitaria un plazo de transposición más amplio, concretamente hasta el 2 de agosto de 2024, cabe pensar que el legislador ha decidido acogerse a este plazo ampliado y diferir en el tiempo la regulación de una cuestión que se antoja problemática, por el coste que conlleva”.

Si la trasposición del permiso parental en España conllevara el derecho a una prestación económica de Seguridad Social, los trabajadores autónomos debieran tener derecho a la misma puesto que encajan en la definición de trabajador del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a efectos de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

El hecho de que la Directiva no imponga una única vía de financiación para los permisos que regula supone que los costes salariales de los empleadores de los países en que se opte por la retribución salarial será más elevada que la de aquellos en que los mismos permisos se financien a través de prestaciones de Seguridad Social.

10. BIBLIOGRAFÍA

- BILETTA, I. y CERF, C.: *Eurofound, Work On Demand: Recurrence, Effects and Challenges*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.
- CABEZA PEREIRO, J.: “El Concepto de Trabajador en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral* nº 113/2018.
- “La Directiva de Conciliación de la Vida Familiar y Profesional”, *Revista de Derecho Social* nº 92/2000.
- *El Ámbito del Trabajo Subordinado y el Trabajo Autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- CHIEREGATO E.: “A Work-Life Balance for all? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158”, *Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* nº 36/2020.
- DE LA CORTE-RODRÍGUEZ, G.: “La Directiva Relativa a la Conciliación de la Vida Familiar y Profesional y su repercusión en la legislación española”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 146/2000.
- *The Transposition of the Work-Life Balance Directive in EU Member States: A long way ahead*, European Commission, Bruselas, 2022.
- ELORZA GUERRERO, F.: “La Directiva sobre Condiciones Laborales Transparentes y Previsibles y su Transposición en España”, *Temas Laborales* nº 168/2023.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *Cuidadores, Igualdad y No Discriminación y Corresponsabilidad: La (R) Evolución de los Derechos de Conciliación de la Mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, 2023.
- *El Papel de los Sindicatos como Garantes de los Derechos Reconocidos en las Nuevas Directivas*, Cica, Madrid, 2023.
- MANDL, I.: *Eurofound, New forms of employment 2020 Update*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.
- MIRANDA BOTO, J.M.: “Algo de Ruido. ¿Cuántas Nueces?. La Nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas Condiciones Laborales Transparentes y Previsibles en la Unión Europea y su Impacto en el Derecho español”, *Temas Laborales* nº 149/2019.
- MOLINS-GARCÍA ATANCE, J.: “El Nuevo Marco Jurídico de la Directiva (UE) 2019/1158 en relación con la Adaptación del Tiempo de Trabajo a las Circunstancias Personales y Familiares de las Personas Trabajadoras”, *Documentación Laboral* nº 122/2021.

- MORENO GENÉ, J.: “La Extensión de la Protección Social a Todos los Alumnos en Prácticas: un Paso más en la Dignificación de las Prácticas No Laborales”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* nº 35/2023.
- NIETO ROJAS, P.: “La Transposición de la Directiva 2019/1158 de Conciliación de la Vida Familiar y la Vida Profesional a través del Real Decreto-ley 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* nº 7/2023.
- PÉREZ DEL PRADO, D.: “La Aplicación del Derecho del Trabajo al Empleo Autónomo. Reflexiones en torno a la Sentencia del TJUE de 12 de enero 2023”, <https://www.elforodelabos.es/author/danielperez/>
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la Conciliación de la Vida Familiar y Profesional de los Progenitores y Cuidadores: su transposición al ordenamiento jurídico español”, *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. XIV/2022.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Todos Eran Mis Hijos: el Derecho del Trabajo y las Nuevas Formas de Empleo”, *Revista Derecho & Sociedad* nº 53/2019.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Hacia el Concepto de Trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la Política Social propiamente dicha”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* nº 1/2017.
- VV.AA.: *Report Expert Group Transposition of Directive (EU) 2019/1152 on transparent and predictable working conditions in the European Union*, European Commission, Bruselas, 2021.