

LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE Y LOS DERECHOS PROFESIONALES DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

NORA MARÍA MARTÍNEZ YÁÑEZ

*Prof. Contratada Doctora (acreditada a TU) de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Vigo

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales; Derecho de la Unión Europea; trabajo autónomo; vulnerabilidad; economía digital

La expansión del trabajo autónomo vulnerable en sustitución del trabajo asalariado pone de relieve la profunda desprotección social y profesional que sufren algunos trabajadores por cuenta propia y la necesidad de construir un nuevo estatus de derechos profesionales que garantice el trabajo digno. Las precarias condiciones en las que muchos de ellos prestan servicios, así como la ausencia de mecanismos para articular una acción colectiva, exigen como primer paso el reconocimiento de la titularidad de los derechos sociales fundamentales. Sin embargo, no es esta una cuestión sencilla, porque históricamente estos derechos han estado vinculados al trabajo asalariado. El presente trabajo aborda esta cuestión desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea a fin de verificar si la Carta de Derechos Fundamentales aporta alguna solución aplicable a todos los Estados miembros.

ABSTRACT

KEY WORDS: Fundamental rights; European Union Law; self-employment; vulnerability; digital economy

The expansion of vulnerable autonomous work in substitution of salaried work highlights the profound social and professional vulnerability suffered by some self-employed workers and the need to build a new professional rights status that guarantees decent work. The precarious conditions in which many of them provide services, as well as the absence of mechanisms to articulate a collective action, demand as a first step the recognition of their fundamental social rights. However, this is not a simple matter, because historically these rights have been linked to wage labor. This paper addresses this issue from the point of view of European Union law in order to verify whether the Charter of Fundamental Rights provides any solution applicable to all Member States.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DIMENSIÓN PERSONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES
3. EL TRABAJO PERSONAL PRODUCTIVO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
4. EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES
 - 4.1. La fractura entre la dimensión personal de los derechos en la carta y el ámbito subjetivo de aplicación del derecho social europeo
 - 4.2. El ámbito subjetivo de aplicación de las directivas sociales y el concepto supranacional de trabajador
5. EL RETO DE REDIMENSIONAR LA POLÍTICA SOCIAL A LA LUZ DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

1. INTRODUCCIÓN¹

Hoy ya no es posible lograr una adecuada comprensión del mercado de trabajo sin tener en cuenta las prestaciones de servicios de los trabajadores autónomos no societarios. El empleo autónomo unipersonal, sin un proyecto empresarial que lo respalde, que no genera trabajo asalariado y que con frecuencia se integra de forma auxiliar en estructuras organizativas descentralizadas de otras empresas ha crecido en los últimos años. Y es de esperar que siga progresando bajo el estímulo de las organizaciones cuyo negocio consiste en la gestión de plataformas digitales de oferta y demanda de bienes y servicios.

La nueva realidad que se abre camino plantea retos de mayúsculas proporciones a los ordenamientos jurídicos occidentales, articulados en torno a la distinción binaria entre trabajo autónomo y trabajo asalariado: desde la puesta a prueba de los elementos que definen el trabajo asalariado, hasta la necesidad cada vez más patente de reconocer, individualizar y proteger el trabajo autónomo vulnerable².

No deja de ser paradójico que numerosos trabajos vinculados a la economía digital y a las formas de prestar servicios con el apoyo de las nuevas tecnologías pongan en jaque derechos e instituciones firmemente asentados desde hace décadas y se retrotraigan así a los momentos previos al nacimiento del Derecho del Trabajo, marcados por un tremendo desequilibrio contractual generador de

¹ Este trabajo tiene su origen en la ponencia titulada “El trabajo por cuenta propia en la nueva economía”, presentada en el Seminario Internacional “El trabajo en la nueva economía” el 14 de noviembre de 2019, en el marco de las actividades del proyecto de investigación «Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital» (DER 2017-83488-C4-2-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Quisiera agradecer las interesantes observaciones que en el curso del Seminario recibí de los profesores Jesús Cruz, Marzia Barbera y José María Miranda y que he tenido presentes en la elaboración de este artículo.

² Sobre estas cuestiones véase Cruz Villalón, J., “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, 83 (2018) 13-44.

condiciones de trabajo abusivas. Y tampoco es casual que, en medio de estas tendencias, recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hayan vuelto a situar en el frontispicio de su razonamiento uno de los principios esenciales del Derecho social, a saber, que el trabajador es la parte débil de la relación laboral y que en consecuencia es preciso impedir que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos³.

Es así como el Derecho del Trabajo se encuentra otra vez en el punto de partida, ante la proliferación de situaciones de fragilidad en la prestación de servicios que escapan a su sistema de delimitación, pero que a su vez demandan mecanismos de reequilibrio de las fuerzas contractuales. Para hacer frente a esta realidad líquida, difícil de aprehender y encapsular en las categorías tradicionales del Derecho del Trabajo, se ha puesto de manifiesto la necesidad de reabrir una reflexión sobre los derechos sociales y su naturaleza de derechos humanos o derechos fundamentales, que podría hacerlos predicables de cualquier tipo de prestación personal de servicios, con independencia del vínculo contractual o administrativo que medie entre las partes⁴.

El presente trabajo se inserta en esa especulación, para la que toma como referencia los derechos sociales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –en adelante CDFUE-. La pregunta en torno a la que giran las siguientes páginas es si el ámbito de aplicación personal de los derechos sociales fundamentales engloba al trabajo autónomo vulnerable y si, en caso de que esto fuese posible, tales derechos podrían constituir una garantía social mínima y eficaz para el trabajo personal productivo en el marco de la Unión Europea.

2. LA DIMENSIÓN PERSONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Ni la Unión Europea es una organización de derechos humanos ni la CDFUE es un tratado internacional al uso⁵. Pero, aunque la Carta es un instrumento constitucional, que opera en exclusiva en el marco jurídico-material de la propia Unión, los vínculos que expresamente establece con diversos instrumentos

³ SSTJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/18, CCOO, par. 44-46; de 6 de noviembre de 2018, (Gran Sala), C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, par. 41; y de 6 de noviembre de 2018, (Gran Sala), C-619/16, *Kreuziger*. Este argumento ya fue invocado en las Conclusiones del Abogado General, Sr. Evgeni Tanchev, presentadas el 8 de junio de 2017, C-214/16, *King*, par. 49 y 96.

⁴ Sciarra, S., “Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite”, *Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, 10 (2019) 3, 4.

⁵ Von Bogdandy, A., “The European Union as a human rights organization? Human Rights and the core of the European Union”, *Common Market Law Review*, 37 (2000) 1307–1338.

internacionales sobre derechos humanos han sido determinantes de su diseño y contenido⁶.

Es bien conocida la estructura de doble nivel de la Carta, a tenor de la cual los derechos enunciados de manera concisa en el texto articulado incorporan un ingente acervo procedente de los tratados internacionales y las Constituciones, revelado en buena medida por las Explicaciones del Praesidium⁷. Por su parte, los artículos 52.3 y 53 CDFUE establecen las oportunas conexiones con dichos órdenes normativos, y en particular con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a fin de garantizar estándares de protección homogéneos y armoniosos en el nuevo escenario multinivel.

De este modo, los derechos humanos que conforman el patrimonio axiológico de los Estados miembros emergen en la Carta como derechos fundamentales, esto es, se concretan en derechos y principios llamados a jugar un papel determinante en el marco del Derecho de la Unión.

Desde una perspectiva sistemática, una señal del vanguardismo de la Carta respecto de los tradicionales instrumentos internacionales de protección de derechos humanos es que en ella se formulan, aparentemente en pie de igualdad, tanto derechos civiles y políticos como derechos sociales, la mayor parte de estos últimos integrados en el capítulo IV, bajo el rótulo “Solidaridad”⁸. Tal inclusión es coherente con la proclamación en 1989 de la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, a través de la cual se pretendía poner de manifiesto la importancia de los aspectos sociales en el mercado único, aunque el texto de referencia respecto de la mayoría de los derechos incluidos en el capítulo “Solidaridad” es la Carta Social Europea⁹.

Pese a que la Carta Social Europea no se menciona expresamente en el articulado de la CDFUE, sí aparece citada en el Preámbulo y se puede entender

⁶ Rosas, A., “The Charter and Universal Human Rights Instruments”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Peers, S., Hervey, T., Kenner, J. and Ward, A. (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland (2014) 1685 y ss.

⁷ Artículo 6.1 TUE. Sobre el valor de las Explicaciones véase Jacqué, J. P., “The Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., 1715-1724.

⁸ La ambigua distinción entre principios y derechos formulada en el artículo 51.1 CDFUE empaña esta aparente igualdad, proyectando la sospecha de que en el capítulo “Solidaridad” se enuncian principios, y no derechos, en todo o en parte. Véase al respecto, Jääskinen, N., “Fundamental Social Rights in the Charter – Are they rights? Are they Fundamental?”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., 1703-1707.

⁹ De Schutter, O., “The CFREU and its specific role to protect fundamental social rights”, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, Dorssemont, F., Lörcher, K., Clauwaert, S. y Schmitt, M. (eds.), Hart Publishing, Oxford (2019) 10-15.

comprendida en la alusión del artículo 53 al Derecho internacional¹⁰. Más explícitas son las Explicaciones, que conectan con la Carta Social Europea los artículos 14 -derecho a la formación profesional y permanente-, 15 -libertad profesional y derecho a trabajar-, 23 -igualdad entre mujeres y hombres-, 25 -derechos de las personas mayores-, 26 -integración de las personas discapacitadas-, 27 -derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa-, 28 -derecho de negociación y de acción colectiva-, 29 -derecho de acceso a los servicios de colocación-, 30 -protección en caso de despido injustificado-, 31 -condiciones de trabajo justas y equitativas-, 32 -prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo-, 33 -vida familiar y vida profesional-, 34 -Seguridad social y ayuda social- y 35 -protección de la salud-. Todos estos derechos, junto con la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado –artículo 5-, conforman el núcleo social de la CDFUE, sin perjuicio de la trascendencia que pueden tener en el marco del trabajo productivo otros derechos inespecíficos, como la protección de datos personales –artículo 8-, la libertad de pensamiento, conciencia y religión –artículo 10-, la libertad de expresión e información –artículo 11-, la libertad de asamblea y asociación –artículo 12- o el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial –artículo 47-.

Una observación atenta del conjunto de derechos fundamentales que conforman el contenido social de la CDFUE permite vislumbrar los ejes sobre los que reposa la protección dispensada y el perfil subjetivo del titular de tales derechos. El respeto a la dignidad humana en condiciones de vulnerabilidad derivadas de la edad, la enfermedad, la discapacidad, la maternidad o un acusado desequilibrio contractual es el fundamento de la mayor parte de estos derechos. Pero, a su vez, la igualdad de los seres humanos como un bien jurídico distinto y más amplio que la mera igualdad ante la ley de los sujetos jurídicos inspira buena parte de los derechos contenidos tanto en el capítulo III como en el IV. Ciertamente, la dimensión de la persona como sujeto económico y titular de libertades fundamentales no está ausente de la constelación de derechos sociales fundamentales, si bien ocupa un lugar secundario respecto de los principios de dignidad humana e igualdad, resultando en la Carta mucho menos preeminente que en otros ámbitos del ordenamiento jurídico de la Unión¹¹.

En consecuencia, el perfil subjetivo que se desprende de la conjunción de estos ejes cardinales y su materialización en los derechos sociales fundamentales

¹⁰ Así lo entienden Lörcher, K., “Interpretation and minimum level of protection”, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, cit., 156 y Monereo Pérez, J. L., “Artículo 53. Nivel de protección”, *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (dir. y coord.), Comares, Granada (2012) 1401-1404.

¹¹ Ello no ha impedido, sin embargo, que en el plano jurisprudencial los conflictos entre los derechos sociales y las libertades fundamentales se hayan saldado decididamente a favor de estas

es el de una persona cuya situación de vulnerabilidad la hace acreedora de una especial protección. Es decir, la dimensión humana prevalece sobre un enfoque más restrictivo centrado en el trabajador o en el contrato de trabajo¹².

Esta orientación se aprecia a veces en el modo en que cada derecho define su ámbito de aplicación subjetivo. Expresiones como “nadie” o “toda persona”, usadas para referirse a la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado, al acceso a la formación profesional y permanente, la libertad profesional y el derecho a trabajar, la igualdad ante la ley, el acceso a los servicios de colocación, la conciliación de la vida familiar y profesional, o la protección de la salud, evidencian que la titularidad de tales derechos fundamentales recae sobre la persona humana, sin consideraciones adicionales¹³. En otras ocasiones, la necesaria conexión de los derechos con el contemporáneo desarrollo de una actividad personal productiva conduce al uso de la expresión “trabajador” para referirse a su titular¹⁴.

Aunque el término trabajador aparece con frecuencia en el Derecho primario y secundario, el legislador europeo no ha aportado una definición al respecto. Para suplir esta ausencia el Tribunal de Justicia ha elaborado una reiterada jurisprudencia sobre esta noción que, originada en el marco de la libre circulación, ha acabado extendiéndose con matices propios a la Política Social¹⁵. Pero dicha jurisprudencia tiene escaso valor interpretativo respecto de la dimensión personal de los derechos fundamentales de la Carta, y ello por varias razones. Para empezar, es preciso dejar claro que, pese a ciertos titubeos del Tribunal de Justicia, la Carta, como parte del orden constitucional de la Unión Europea, es canon hermenéutico y parámetro de ius fundamentalidad del Derecho derivado, por lo que éste debe ser interpretado a la luz de aquella, y no al revés. En otras

últimas, como evidencian, entre otras, las SSTJCE de 11 de diciembre de 2007, C-438/05, *Viking* y de 18 de diciembre de 2007, C-341/05, *Laval*, y la STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-201/15, *AGET Iraklis*. Sobre esta cuestión, véase Deakin, S., “In search of the EU’s Social Constitution: Using the Charter to recalibrate social and economic rights”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., 55-75.

¹² Jääskinen, N., “Fundamental Social Rights in the Charter – Are they rights? Are they Fundamental?”, cit., 1708, 1709.

¹³ Artículos 5, 14.1, 15.1, 20, 29, 33.2, 34.2 y 35 CDFUE.

¹⁴ En la versión inglesa de la Carta el uso de la palabra “worker” en lugar de “employee” propicia una interpretación extensiva de la dimensión personal de tales preceptos, comprensiva del trabajo autónomo dependiente (Unterschütz, J., “The concept of the ‘Employment Relation’”, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, cit., 92, 93).

¹⁵ Sobre el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, véase Sánchez-Urán Azaña, Y., “Concepto de trabajador”, *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, J. García Murcia (dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra (2017) 45-103 y Martínez Moreno, C., “El concepto de trabajador”, *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, M. E. Casas Baamonde y R. Gil Alburquerque (Dirs.), Lefevre-El Derecho, Madrid (2018) 187-205.

palabras, una labor de integración del sentido y el alcance de los derechos fundamentales a la luz del Derecho derivado relacionado con ellos debe ser descartada, pues no es conforme con el valor constitucional de la Carta y con el lugar que ésta ocupa en la arquitectura constitucional de la Unión Europea¹⁶. Por otro lado, el concepto jurisprudencial de trabajador es funcional, esto es, persigue la correcta armonización de determinadas directivas sociales, y por lo tanto es fruto de un contexto y un sentido mucho más reducido que el de la garantía de los derechos fundamentales. Y, finalmente, el propio Tribunal ha declarado que no hay una única definición de trabajador en el Derecho de la Unión, pues su sentido varía en función del área en la que ha de aplicarse¹⁷.

La ausencia de pronunciamientos que interpreten específicamente el concepto de trabajador en la Carta hace difícil calibrar la dimensión personal de los derechos vinculados a esta expresión. Aunque la sentencia *Fenoll*, que aborda la prestación de servicios de una persona discapacitada en un centro especial con fines de rehabilitación y no productivos, concluye que se trata de un trabajador “en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2003/88 y del artículo 31, par. 2, de la Carta”, esta escueta mención conjunta no es suficiente para extraer conclusiones sólidas¹⁸.

¹⁶ López Castillo, A., “Estudio introductorio”, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, López Castillo, A., (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia (2019) 49, 50. No obstante, este es un tema de enorme calado, pues tras la definición de las relaciones entre la Carta y el Derecho derivado siempre planea la limitación del ámbito de aplicación descrito en el artículo 51 CDFUE y el riesgo de que la Carta produzca un desbordamiento de las competencias de la Unión Europea. Un brillante análisis de esta problemática en el ámbito del principio de igualdad se encuentra en Barbera, M., “Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”, *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, 372 (2018) 1-26. En todo caso, las recientes sentencias del TJUE que respaldan la eficacia directa horizontal de los derechos de la Carta suficientemente claros, precisos e incondicionados, así como la operatividad de los derechos fundamentales en circunstancias excluidas expresamente del ámbito de aplicación de las directivas, abren paso decididamente hacia una independencia conceptual de los derechos fundamentales respecto de las directivas acorde con su valor constitucional y corroboran la tesis expuesta en el texto. Véanse a este respecto, entre otras, las SSTJUE de 17 de abril de 2018 (Gran Sala), C-414/16, *Egenberger*; de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), C-569/16 y C-570/16, *Bauer y Broßonn*; de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*; y de 20 de noviembre de 2018 (Gran Sala), C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța*. En la doctrina deja constancia de este relanzamiento de la Carta Bronzini, G., “Il “Trittico” della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza”, *Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, 10 (2019) 3-6.

¹⁷ STJCE de 12 de mayo de 1998, C-85/96, Martínez Sala, par. 31 y de 16 de julio de 2009, C-208/07, *von Chamier-Glisczinski*, par. 68.

¹⁸ STJUE de 26 de marzo de 2015, C-316/13, *Fenoll*, par. 41.

Así pues, mientras la jurisprudencia no confirme si el concepto de trabajador de la Carta coincide con el desarrollado por el Tribunal de Justicia en el marco de las directivas sociales o si, por el contrario, presenta connotaciones propias, los elementos interpretativos para sondear su alcance en la Carta deben ser las fuentes constitucionales e internacionales sobre derechos humanos de las que se nutre, así como la relación interna entre los distintos derechos fundamentales que reconoce.

En todo caso, con independencia del anterior debate, la amplitud de la dimensión personal de algunos derechos del capítulo “Solidaridad” se hace patente en la expresión “todo trabajador”, usada respecto del derecho a protección en caso de despido injustificado –artículo 30-, y del derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad, así como a la limitación de la duración máxima del trabajo, a períodos de descanso diarios y semanales, y a un período de vacaciones anuales retribuidas –artículo 31-. El adjetivo “todo” aporta un carácter omnicompreensivo al ámbito de aplicación de estos derechos, que quedan así referidos a cualquier persona que trabaja para vivir, con independencia de cuál sea el negocio jurídico que regula su actividad. Por tanto, trabajadores típicos o atípicos, trabajadores de la economía digital o que ocupan nuevas formas de empleo entran en el ámbito subjetivo de aplicación de estos preceptos, que igualmente comprenden a los trabajadores autónomos vulnerables.

Es difícil llegar a otra conclusión si se hace una interpretación sistemática de ambos preceptos a la vista de sus enlaces con otros derechos fundamentales de la Carta. Al referirse a la seguridad y salud en el trabajo y a la limitación de la jornada, el artículo 31 está especificando en el marco concreto de las relaciones de trabajo los derechos universales a la vida –artículo 2.1-, a la integridad física y psíquica –artículo 3.1-, a la salud –artículo 35- y a la prohibición de la esclavitud y servidumbre –artículo 5-, que se predicen de “toda persona”. El propio llamamiento del párrafo primero del artículo 31 a la dignidad humana, que es el primero de los derechos fundamentales de la Carta, así lo confirma¹⁹. Bajo este enfoque no cabe entender que la dimensión personal del derecho fundamental a unas condiciones de trabajo justas y equitativas se supedita a la calificación jurídica del contrato que regula la prestación de servicios²⁰.

Algo similar puede decirse respecto del derecho fundamental de protección en caso de despido injustificado. Aunque el término despido evoca la relación de trabajo asalariado, la referencia al carácter injustificado de la extinción unilateral de la relación de trabajo apunta a una situación abusiva, inequitativa y/o irrazonable

¹⁹ En este sentido, Kressal, B., “Article 1 –Human Dignity”, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, cit., 195.

²⁰ En la misma línea, Lörcher, K., “Article 31 – Fair and Just Working Conditions”, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, cit., 547-549.

que pone en tela de juicio los ejes de la protección de los derechos fundamentales en la Carta, que son la dignidad humana en condiciones de vulnerabilidad, la igualdad y la posibilidad de ejercitar libremente actividades económicas. Una vez más, no parece factible sujetar la dimensión personal de este derecho al trabajo asalariado, dejando desprotegido al trabajador autónomo vulnerable en virtud de su débil posición en el mercado y su escasa fuerza negociadora²¹. De hecho, el artículo 18 de la reciente Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea²², que regula la protección contra el despido y la carga de la prueba, desencadenando la aplicación de los artículos 30 y 47 CDFUE, se refiere tanto al despido como a “medidas equivalentes”, que, según el preámbulo, pueden consistir en el cese de la asignación de tareas. Este concepto abierto obliga a los Estados a extender la protección a las nuevas formas de empleo, e incluso a determinados tipos de trabajo vulnerable que se sitúan en una zona de continuidad entre el empleo autónomo y el asalariado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Directiva.

Por último, el artículo 28 CDFUE parece atender de forma más precisa al marco del trabajo asalariado, al atribuir el derecho de negociación y de acción colectiva a “los trabajadores” –obsérvese la omisión del adjetivo “todos”- y a “los empresarios” o “sus organizaciones respectivas”, reflejando en el plano colectivo la clara bilateralidad existente en la relación de trabajo asalariada. También el artículo 27 se refiere a “los trabajadores” o “sus representantes” como titulares del derecho a la información y consulta en la empresa.

Tal acotación es conforme con la tradición de estos derechos fundamentales en los Estados miembros, donde constituyen el centro neurálgico de los sistemas democráticos de relaciones industriales, basados en la autotutela de los intereses colectivos. Pero, si bien estos derechos son atribuidos de modo incontrovertido a los trabajadores asalariados, la mayoría de los ordenamientos nacionales no reconoce derechos colectivos a los trabajadores autónomos²³.

A pesar de todo, la conexión que establecen las Explicaciones entre los artículos 27 y 28 CDFUE y la Carta Social Europea permite una lectura más amplia de la dimensión personal de ambos derechos. En un reciente análisis del ámbito subjetivo del derecho a la negociación colectiva del artículo 6.2 de la Carta Social Europea, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha manifestado que el

²¹ También a favor de una interpretación amplia del precepto, Schmitt, M., “Article 30 – Protection in the event of unjustified dismissal”, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, cit., 520, 521.

²² Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

²³ Véase un panorama general sobre esta cuestión en varios Estados miembros en el número monográfico *Testing the ‘Personal Work’ Relation: New Trade Union Strategies for New Forms of Employment*, *European Labour Law Journal*, 10-3 (2019).

criterio de inclusión determinante no es el tipo de contrato –laboral o mercantil– que regula la prestación de servicios, sino la concurrencia o no de un desequilibrio de poder entre los proveedores de trabajo y los empleadores. Por tanto, si los proveedores de trabajo no pueden influir en el contenido de los términos contractuales, deben tener la oportunidad de combatir tal desequilibrio a través de la negociación colectiva. Este razonamiento permite atribuir la titularidad del derecho fundamental a la negociación colectiva a aquellas categorías de trabajadores autónomos que se distinguen por su posición de especial vulnerabilidad²⁴. Y además este resultado es coherente con el ámbito de aplicación subjetivo de los Convenios de la OIT sobre libertad sindical y negociación colectiva²⁵ -principal fuente de referencia de la Carta Social Europea-, que incluyen a trabajadores autónomos sin asalariados a su servicio²⁶.

La interpretación de la CDFUE de conformidad con los instrumentos del Consejo de Europa, a la que conducen tanto las Explicaciones como el artículo 53, debería impulsar la apertura de los derechos colectivos, y en especial del derecho a la negociación colectiva, hacia el trabajo de los autónomos vulnerables²⁷. No hay que olvidar que los derechos fundamentales son ante todo principios generales del Derecho de la Unión que se han ido incorporando al Derecho originario primero a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y después a través de su formulación positiva en la Carta. Pero esta incorporación a un instrumento de Derecho originario escrito no implica que hayan quedado petrificados; por el contrario, el Tribunal de Justicia conserva la capacidad para extender los actuales

²⁴ En el caso examinado por el Comité se trataba de trabajadores autónomos sin asalariados a su servicio, principalmente, actores de doblaje, periodistas y músicos. Es interesante destacar que, para llegar a la conclusión, el Comité tuvo en cuenta los cambios actuales en el mundo del trabajo, que conducen a la proliferación de trabajadores formalmente autónomos pero dependientes “de facto” que sufren condiciones de trabajo precarias (European Committee of Social Rights, *Decision on the Merits: Irish Congress of Trade Unions (ICTU) v. Ireland*, Complaint n.123/2016, 12 september 2018, par. 36-40).

²⁵ Convenio OIT n. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 y Convenio OIT n. 154 sobre la negociación colectiva, 1981.

²⁶ Véase ILO, *Giving globalization a human face* (2012) par. 209 y Conferencia Internacional Del Trabajo, 105ª reunión CIT (2016), Caso individual (CAS) - Discusión: 2016, Publicación: Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n. 98) - Irlanda (Ratificación: 1955).

²⁷ A favor de esta conclusión, Lianos, I., Countouris, N. y De Stefano, V., “Re-thinking the competition law/labour law interaction: Promoting a fairer labourmarket”, *European Labour Law Journal*, 10-3 (2019) 308, 322-324.

derechos a sujetos o materias que no estaban previstos en el momento de entrada en vigor de la Carta, como ha hecho ya en alguna ocasión²⁸.

El conjunto de derechos sociales fundamentales de la CDFUE conforma un núcleo muy completo de derechos capaz de garantizar unas relaciones de trabajo basadas en la justicia social. Basta con observar su práctica equivalencia con la Garantía Laboral Universal propuesta por la Comisión Mundial de la OIT sobre el Futuro del Trabajo, que comprende los derechos fundamentales a la libertad sindical y a la negociación colectiva, a no ser sometido a trabajo forzoso, infantil o discriminatorio, a la seguridad y salud en el trabajo, la limitación de las horas de trabajo y un salario vital adecuado²⁹. Aunque la CDFUE no incorpora ninguna referencia a la retribución, se ha defendido que el derecho a una remuneración digna forma parte del derecho fundamental a unas condiciones de trabajo justas y equitativas, máxime si se tiene en cuenta el reconocimiento de este derecho en el artículo 7.a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito por todos los Estados miembros y que por lo tanto, integra el nivel de protección al que se refiere el artículo 53³⁰.

Ese núcleo de derechos fundamentales debería desarrollar un papel muy relevante para enfrentar el desafío que plantea la proliferación de nuevas formas de trabajo al margen de las relaciones laborales convencionales. Como se ha expuesto, la dimensión personal de los derechos sociales enunciados en la Carta no solo permite una lectura integradora del trabajo autónomo vulnerable, sino que en la mayoría de los casos *exige* claramente dicha lectura, excluyendo interpretaciones más restrictivas.

Ahora bien, para examinar hasta qué punto los derechos sociales fundamentales pueden desplegar su eficacia sobre el trabajo autónomo vulnerable es preciso hacer unas breves consideraciones en torno al tratamiento que el trabajo por cuenta propia ha tenido en el Derecho de la Unión Europea.

²⁸ Sarmiento, D., *El Derecho de la Unión Europea*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid (2018) 224.

²⁹ Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor* (2019) 39-41.

³⁰ Lörcher, K., “Article 31 – Fair and Just Working Conditions”, cit., 554, 555 y García Pechuán, M., “Artículo 31. Condiciones de trabajo justas y equitativas”, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, cit., 965, 966.

3. EL TRABAJO PERSONAL PRODUCTIVO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La estricta división entre trabajo asalariado y trabajo autónomo que vertebró los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se manifiesta también de raíz en el Derecho de la Unión Europea. En la arquitectura del mercado interior, ordenado a mediados del siglo pasado en torno a las libertades fundamentales, las actividades productivas por cuenta propia y por cuenta ajena ocupan lugares diferentes: las primeras forman parte de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios³¹, mientras que las segundas se enmarcan en la libre circulación de trabajadores³².

La atribución de bases jurídicas distintas para la intervención de la Unión Europea en ambos tipos de trabajo personal no solo ha propiciado su regulación en instrumentos jurídicos diferentes, sino también su ordenación comandada por principios y objetivos diversos.

En términos generales, el trabajador autónomo interesa en su faceta de operador económico independiente, que actúa bajo su propia cuenta y riesgo, contribuyendo a la dinamización del mercado interior y a la creación de riqueza³³. En coherencia con este enfoque, la legislación secundaria que deriva de las libertades de establecimiento y prestación de servicios pretende evitar obstáculos para favorecer el ejercicio de tal actividad. Y aunque en ese propósito queda comprendida la atención a las consecuencias humanas y sociales de la libre circulación, que exige evitar la desprotección social o la discriminación basada en la nacionalidad o en otras causas, en términos generales no se ha planteado la protección del autónomo no societario como sujeto vulnerable en su actividad profesional, pues se le presume un estatus en el mercado equivalente al del resto de los operadores económicos³⁴.

A pesar de todo, con el paso del tiempo la regulación del trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena ha ido convergiendo en ciertas materias relacionadas con la libre circulación. Así sucedió respecto de la conservación de derechos de Seguridad Social derivados del ejercicio de una actividad productiva³⁵ y de la

³¹ Artículos 49 TFUE y 56 TFUE.

³² Artículo 45 TFUE.

³³ STJCE de 30 de noviembre de 1995, C-55/94, *Gebhard*, par. 25.

³⁴ Véase al respecto la STJCE de 20 de noviembre de 2001, C-268/99, *Jany* y otras. La única excepción a este juicio la constituye la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, en la que además de garantizar la seguridad de las operaciones comerciales en el mercado interior, se regulan aspectos típicamente “sociales”, como la remuneración del agente, el preaviso y la indemnización por fin de contrato.

³⁵ Reglamento (CEE) 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981, por el que se amplía a

libre circulación de personas y libertad de residencia en el territorio de la Unión, donde el concepto de ciudadanía ha servido para aglutinar bajo la misma lente jurídica cualquier tipo de actividad productiva que confiera el derecho a entrar y permanecer en otro Estado miembro³⁶.

También bajo las exigencias de la libre circulación en el mercado interior, las normas que persiguen la igualdad de trato entre hombres y mujeres se dirigieron muy pronto tanto al trabajo por cuenta ajena como al trabajo por cuenta propia³⁷. Y aunque el reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de la igualdad como un principio general del Derecho de la Unión y un derecho fundamental ha conducido a lo largo de los años a un enfoque autónomo, que sobrepasa las estrictas coordenadas del mercado interior, el trabajo por cuenta propia no ha dejado de formar parte del ámbito de aplicación de la normativa antidiscriminatoria, ni siquiera cuando, con base en un nuevo título competencial, esta se amplió para abordar más causas de discriminación³⁸.

La atención marginal que ha recibido el trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea contrasta con la prestada al trabajo asalariado, sobre el que existe una amplia legislación derivada que no solo se funda en la libre circulación, sino también en el título de Política Social incorporado de forma definitiva al Derecho primario mediante el Tratado de Ámsterdam. Aunque las normas

los trabajadores no asalariados y a los miembros de su familia el Reglamento (CEE) 1408/71. En la actualidad, el Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril, de coordinación de los sistemas de Seguridad Social comprende dentro de su ámbito de aplicación tanto el trabajo por cuenta propia como por cuenta ajena. Asimismo, hay que tener en cuenta la Directiva 1998/49/CE, de 29 de junio, de protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad.

³⁶ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

³⁷ Directiva 1976/207/CEE, de 9 de febrero, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; Directiva 1986/378/CEE, de 24 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social y Directiva 1979/7/CEE, de 19 de diciembre, sobre aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Las dos primeras han quedado actualmente refundidas en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio. En todo caso, también se elaboró una directiva para garantizar la igualdad por razón de sexo dentro de las actividades por cuenta propia. Se trata de la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio, de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y que deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

³⁸ Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, de aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, de establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, dictadas al amparo del artículo 19 TFUE.

dictadas en el contexto de la libre circulación de trabajadores responden a la lógica integracionista y ultraliberal del mercado interior, sirviendo incluso a los objetivos de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, el deseo de aplacar las críticas al extremo economicismo de la Comunidad Europea mediante la instauración del “modelo social europeo”, basado en un alto nivel de calidad en las condiciones de trabajo y de protección social, fue la semilla, durante los años noventa, de una legislación protectora de determinados aspectos del trabajo asalariado³⁹.

Buena parte de la normativa de política social, constituida por directivas de mínimos que persiguen la armonización de la legislación laboral de los Estados miembros en torno a un suelo mínimo de derechos, ha sido adoptada con base en el artículo 153 TFUE. Hay varias razones que inducen a pensar que las competencias atribuidas por este precepto a la Unión Europea se refieren fundamentalmente al trabajo asalariado, como la mención del artículo 151 TFUE a la Carta Social Europea y a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, el tenor literal de algunos apartados del artículo 153.1, o la historia relativa a su génesis⁴⁰.

Pero hay también argumentos para afirmar lo contrario. Por ejemplo, los apartados c), h), i), j) y k), referidos a seguridad y protección social, integración de personas excluidas del mercado laboral, igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado laboral y en el trabajo, lucha contra la exclusión social y modernización de los sistemas de protección social, se refieren a materias que sobrepasan los márgenes del trabajo asalariado. Además, hay al menos dos directivas aplicables a trabajadores autónomos que han sido adoptadas con base en el título competencial del artículo 153 TFUE. Se trata de la Directiva que recoge el acuerdo de los interlocutores sociales relativo a la aplicación del Convenio de la OIT sobre el trabajo en la pesca, que hace uso del procedimiento regulado en el artículo 155.2 TFUE⁴¹, y de la Directiva de ordenación del

³⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Políticas sociales y de empleo - Un marco para invertir en la calidad*, Bruselas, 20.6.2001, COM(2001) 313 final. También el principio 5.c) del *Pilar Europeo de Derechos Sociales* reitera el compromiso por la calidad de las condiciones de trabajo. Sobre el largo proceso evolutivo que culmina con la introducción del título de política social en el Tratado de Ámsterdam, véase Barnard, C., *EU Employment Law*, fourth edition, Oxford University Press (2012) 8-35 y Schmitt, M., “La recomposition du droit du travail de l’Union européenne”, *Droit Social*, 9 (2016) 704-707.

⁴⁰ Barnard, C., “EU ‘Social’ Policy: from employment law to labour market reform”, *The evolution of EU Law*, Craig, P. y De Búrca, G. (eds.), second edition, Oxford University Press (2011) 642-658.

⁴¹ Siguiendo el ejemplo del Convenio 188 OIT, el trabajo autónomo se integra junto con el asalariado en el ámbito de aplicación la Directiva (UE) 2017/159 del Consejo, de 19 de diciembre de 2016, por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo

tiempo de trabajo de los servicios prestados en el sector de los transportes, cuyas bases jurídicas son tanto el artículo 153 como el artículo 91 TFUE⁴². Precisamente, el Reino de España y la República de Finlandia impugnaron esta última norma alegando que los artículos mencionados no conferían competencias a la Comunidad Europea para legislar en materia de trabajo autónomo. El Tribunal de Justicia rechazó esta impugnación apoyándose en el artículo 91 TFUE, y por ello no consideró necesario pronunciarse sobre si el artículo 153.2 TFUE proporcionaba también un fundamento jurídico adecuado para la regulación de una actividad por cuenta propia⁴³. Así pues, tal posibilidad no ha sido confirmada expresamente, pero tampoco ha quedado descartada⁴⁴.

Por último, hay que añadir que las directivas más recientes de igualdad de trato entre hombres y mujeres, referidas tanto al trabajo por cuenta propia como por cuenta ajena, se han adoptado sobre la base jurídica proporcionada por el artículo 157.3 TFUE, también ubicado en el título de Política Social⁴⁵.

Con todo, no cabe duda de que la mayor parte de las directivas de armonización en materia social se dirigen al trabajo asalariado. Por consiguiente, el acervo

en la pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo. También es de aplicación a los trabajadores autónomos la Directiva 93/103/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca, si bien su base legal es el artículo 118 A TCE, anterior a la incorporación del Título de Política Social.

⁴² Aunque la Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo, de ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera se aplica inicialmente solo a los trabajadores asalariados, su artículo 2 ya preveía su extensión a los conductores autónomos a partir del 23 de marzo de 2009. Si bien de forma más ambigua, la Directiva 1999/63/CE, de 21 de junio, que contiene el Acuerdo de 30 septiembre 1998 sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST), también parece recoger en su ámbito de aplicación el empleo autónomo.

⁴³ STJCE de 9 de septiembre de 2004, C-184/02 y C-223/02, Reino de España y República de Finlandia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, par. 24-44.

⁴⁴ Con anterioridad a ambas normas, ya la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, dictada con base en los artículos del Tratado de Roma sobre libertad de establecimiento y aproximación de las legislaciones –artículo 57 y 100-, declaraba no obstante “inspirarse” en los principios del artículo 117 del Tratado –precedente del actual artículo 151 TFUE-.

⁴⁵ Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE, de 9 febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, de aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) y Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio, de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y que deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

normativo más representativo del título de Política Social permanece confinado en dicho contexto, sin que en esta materia se haya dado una convergencia hacia el trabajo autónomo similar a la observada en la libre circulación de personas.

Sin embargo, hay una preocupación evidente en la Unión Europea por el trabajo vulnerable, así como la conciencia de que en muchas ocasiones los trabajadores autónomos se encuentran en una situación de debilidad comparable con la de los trabajadores asalariados. Así lo manifiesta, por ejemplo, la reciente Recomendación del Consejo, de 8 de noviembre de 2019, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, aprobada precisamente en uso de las competencias conferidas a la Unión Europea por los artículos 153.2 y 153.1.c) TFUE para apoyar y complementar las actividades de los Estados miembros en el ámbito de la seguridad social y la protección social de los trabajadores⁴⁶.

Asimismo, son reveladores de la citada preocupación algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre libre circulación de personas semi-activas. En particular, la reciente sentencia *Daknevičiute* indica que una mujer que deja de ejercer una actividad por cuenta propia debido a las limitaciones físicas relacionadas con el embarazo y el parto no pierde su condición de trabajadora autónoma, siempre que reanude su actividad o encuentre un empleo asalariado dentro de un periodo razonable tras el nacimiento del hijo⁴⁷. De esta manera, el TJUE extrapola al empleo autónomo la conclusión alcanzada años atrás respecto del trabajo asalariado en la sentencia *Saint-Prix*⁴⁸, afirmando que los artículos 45 y 49 TFUE proporcionan la misma protección jurídica y que, por lo tanto, la calificación del modo de ejercer la actividad económica es irrelevante. Es más, el Tribunal recupera un argumento utilizado en la sentencia *Gusa*, a tenor del cual las personas que ejercen una actividad por cuenta ajena y las que ejercen una actividad por cuenta propia se encuentran en una situación de vulnerabilidad comparable cuando se ven obligadas a dejar su actividad, de modo que no pueden recibir un trato diferente en lo relativo al mantenimiento de su derecho de residencia en el Estado miembro de acogida⁴⁹.

Es curioso que la equiparación de derechos entre trabajadores asalariados y autónomos vulnerables –una esteticista y un escayolista en las sentencias

⁴⁶ 2019/C 387/01. La recomendación se alinea con el punto 12 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, a tenor del cual “con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada”.

⁴⁷ STJUE de 19 de septiembre de 2019, C-544/18, *Daknevičiute*, par. 31-41.

⁴⁸ STJUE de 19 de junio de 2014, C-507/12, *Saint Prix*.

⁴⁹ En la sentencia *Gusa* se equiparaba la situación de vulnerabilidad de un autónomo que se ve obligado a dejar su actividad con la de un trabajador por cuenta ajena despedido, indicando que

citadas- se esté produciendo en el marco de la libre circulación, vinculado tradicionalmente a tendencias liberalizadoras, y no en el de la política social, gracias al impulso del concepto de ciudadanía europea. Aunque las sentencias *Daknevičiute* y *Gusa* no invocan los derechos fundamentales de la Carta, no cabe duda de que el enfoque implícito en todo el razonamiento es que los migrantes no son solo factores de producción que contribuyen al desarrollo de la economía del Estado de acogida y a los objetivos del mercado único, sino que son también personas portadoras de derechos humanos y fundamentales⁵⁰. Y tales derechos –en este caso igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo y nacionalidad, y libre circulación y residencia- deben operar de la misma forma frente a todo tipo de trabajo personal vulnerable, sin que las diferencias en el contrato o en el modo de ejecutar la actividad productiva justifiquen su falta de aplicación.

El interrogante que se abre es si este enfoque que está presente, como se ha visto, en algunos ámbitos de la libre circulación, la protección social, la pesca o los transportes podría permear otras materias de la política social, y en especial aquellas relacionadas con los derechos sociales fundamentales.

4. EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

4.1. La fractura entre la dimensión personal de los derechos en la Carta y el ámbito de aplicación del Derecho social europeo

Una de las sustanciales diferencias entre la CDFUE y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos reside en el ámbito material en el que opera. Mientras los convenios internacionales obligan al Estado que los suscribe a respetar los derechos humanos en la totalidad de sus actuaciones, la operatividad de la Carta se ciñe a la aplicación del Derecho de la Unión, sin alcanzar aquellos ámbitos en los que los Estados miembros conservan su soberanía. A este respecto, el artículo 51.2 insiste rotundamente en que la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias reconocidas

“en tales circunstancias, no estaría justificado que dicha persona no goce, por lo que respecta al mantenimiento de su derecho de residencia, de la misma protección que aquella de la que disfruta quien ha dejado de ejercer una actividad por cuenta ajena” (STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-442/16, *Gusa*, par. 43).

⁵⁰ Barnard, C. y Peers, S., *European Union Law*, second edition, Oxford University Press (2017) 371.

en los Tratados, ni crea o modifica el cuadro de competencias establecido en el Derecho originario.

Como era de esperar, esta configuración es la fuente de una aguda e irresoluble tensión entre la aspiración de universalidad inherente a la naturaleza de los derechos fundamentales y el principio de atribución de competencias que estructura el orden jurídico de la Unión Europea⁵¹.

Para comprender el especial diseño de la eficacia jurídica de la Carta hay que recordar que la progresiva absorción de los derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión Europea –primero a través de su reconocimiento jurisprudencial como principios generales y más tarde con su incorporación a un texto articulado– obedeció a la necesidad de reafirmar la supremacía del Derecho comunitario frente a la desconfianza manifestada por algunos tribunales constitucionales, que percibieron en él una amenaza para sus derechos fundamentales⁵². Puesto que la Unión Europea carece de competencias en materia de derechos fundamentales, la elaboración de la Carta recayó en una Convención constituida con esta finalidad, cuya labor consistió en reunir en un único texto los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y de los principales tratados internacionales suscritos por éstos. De este modo, los derechos recogidos en la Carta se erigieron como un escudo para limitar los poderes de las instituciones europeas⁵³.

La solución de compromiso plasmada en el artículo 51 pretende superar la tensión creada entre la primacía del Derecho comunitario, descartando que éste sea una amenaza para los derechos fundamentales, y el principio de atribución que vertebra el reparto competencial entre los Estados miembros y la Unión⁵⁴, pues una hipotética exigencia de respeto de los derechos de la Carta en todas las actuaciones en las que éstos puedan verse involucrados supondría una

⁵¹ Muir, E., “The Court of Justice in the novel system for the protection of fundamental rights in the EU”, *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, 5 (2012) 17 y Nascimbene, B., “Il principio di attribuzione e l’applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l’orientamento della giurisprudenza”, *Rivista di diritto internazionale*, 98, 1 (2015) 58.

⁵² Smismans, S., “The European Union’s Fundamental Rights Myth”, *Journal of Common Markets Studies*, 48, 1 (2010) 57 y Huber, P. M. “Estatalidad abierta: un análisis comparado”, en Von Bogdandy, A., Cruz Villalón, P. y Huber, P. M., *El Derecho Constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia (2013) 108-111.

⁵³ De Schutter, O., “The CFREU and its specific role to protect fundamental social rights”, cit., 37.

⁵⁴ Conclusiones de la Abogada General E. Sharpston, 30 de septiembre de 2010, C-34/09, Ruiz Zambrano, par. 162.

intromisión de la Unión Europea en las áreas sobre las que los Estados conservan plena soberanía⁵⁵.

El particular carácter de la Carta se aprecia igualmente en el extraordinario lugar que ocupa dentro de la arquitectura constitucional de la UE. Aunque el artículo 6.1 TUE le atribuye el mismo valor jurídico que los Tratados, no está claro si existe una relación de jerarquía o precedencia entre estos y la Carta, pareciendo más bien que se trata de una norma “supra-primaria” con una lógica interna propia que, sin embargo, garantiza la coherencia con los Tratados y con la legislación derivada⁵⁶.

Todo ello explica ciertas asimetrías, como la que existe entre el repertorio de derechos fundamentales y su extensión en la Carta, por un lado, y las competencias atribuidas a la Unión Europea en el TFUE, por otro. La proclamación de los derechos fundamentales de la Carta no estuvo condicionada por las competencias de la Unión Europea, puesto que su pretensión era, como ya se ha dicho, recoger el patrimonio axiológico común de los Estados miembros. Por esta razón la Carta incluso reconoce derechos fundamentales sobre materias en las cuales la Unión Europea no tiene competencias o las tiene compartidas⁵⁷. Ahora bien, aunque la formulación de los derechos fundamentales en la Carta sea muy amplia, es posible que su efectividad se vea recortada al tener que encauzarse necesariamente a través del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, por lo general más reducido.

La falta de una competencia de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales y la consiguiente necesidad de que estos se apliquen de manera transversal a través de las competencias ya existentes impide un desarrollo completo y armónico de los derechos fundamentales a nivel europeo, abocándolos

⁵⁵ Con el riesgo de sustituir el pluralismo constitucional que caracteriza al marco constitucional europeo, en el que se insertan las Constituciones de los veintisiete Estados miembros más el Derecho originario de la Unión, por un activismo judicial que podría acabar sofocando las tradiciones constitucionales nacionales (Cartabia, M., “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, *European Constitutional Law Review*, 5, 1 (2009) 17-24).

⁵⁶ Rossi, L. S., “¿Same legal value as the Treaties?” Rank, Primacy, and Direct Effects of the EU Charter of Fundamental Rights”, *German Law Journal*, 18-4 (2017) 772 y Jääskinen, N., “Fundamental Social Rights in the Charter- Are they Rights? Are they Fundamental?”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., 1713.

⁵⁷ Por ejemplo, aunque la Unión Europea no tiene competencias para regular el derecho de asociación y sindicación, ni medidas de conflicto colectivo, como el cierre patronal y la huelga, estos derechos están reconocidos en los artículos 12 y 28 CDFUE.

a una fragmentación especialmente acusada en aquellas áreas con competencias compartidas, como la Política social⁵⁸.

En efecto, aunque la mayor parte de los derechos del capítulo “Solidaridad” conectan con las competencias enumeradas en el artículo 153 TFUE, no todas ellas han sido objeto de desarrollo legislativo, debido en parte al alto nivel de exigencia del procedimiento legislativo especial sobre el que pesa la regla de unanimidad. Esta circunstancia bloquea la eficacia práctica de tales derechos, pues el Tribunal de Justicia ha dejado claro que el mero título competencial no es suficiente por sí mismo para desencadenar la aplicabilidad de los derechos de la Carta⁵⁹. Además, en una muy reciente sentencia recaída en el marco de la política social, el Tribunal de Justicia aclara que cuando una directiva de mínimos reconoce la facultad de los Estados miembros de establecer disposiciones nacionales más favorables, estas se dictan en el ejercicio de la competencia que conservan los Estados, sin quedar incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Por consiguiente, los derechos fundamentales de la Carta no operan respecto de tales disposiciones⁶⁰.

Finalmente, por lo que respecta a la dimensión personal de los derechos fundamentales, el hecho de que la práctica totalidad de la legislación derivada de la Política Social se refiera al trabajo asalariado impide la operatividad de los derechos sociales fundamentales para los trabajadores autónomos vulnerables, aunque parezca claro que su formulación en la Carta comprende todo tipo de trabajo personal productivo. Ahora bien, ello no comporta de forma definitiva la exclusión del empleo autónomo vulnerable del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, sino que es preciso detenerse en el examen del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas sociales.

4.2. El ámbito subjetivo de aplicación de las directivas sociales y el concepto supranacional de trabajador

El ámbito de aplicación personal de las directivas sociales que tienen conexiones con algún derecho fundamental de la Carta no se define siempre de la misma manera. Mientras la mayor parte de ellas se remite a las definiciones

⁵⁸ Spaventa, E., “Should we “harmonize” fundamental rights in the EU? Some reflections about minimum standards and fundamental rights protection in the EU composite constitutional system”, *Common Market Law Review*, 55 (2018) 997, 998.

⁵⁹ STJUE de 10 de julio de 2014, C-198/13, Hernández, par. 36 y 46.

⁶⁰ STJUE de 19 de noviembre de 2019 (Gran Sala), C-609/17 y C-610/17, *TSN* y *AKT*, par. 46-55.

de trabajador, contrato de trabajo o relación laboral vigentes en cada Estado miembro⁶¹, solo unas pocas no contienen ninguna alusión al respecto⁶².

Ahora bien, que el ámbito de aplicación de las directivas sea el trabajo por cuenta ajena es especialmente problemático para la evaluación de su correcta trasposición en un momento como el actual, de enormes incertidumbres respecto de las fronteras entre el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia. Aunque el concepto de trabajador es similar en los Estados miembros, asentándose sobre una interpretación semejante de las notas de dependencia y ajenidad, sus contornos no siempre coinciden, como muestran sin ir más lejos las distintas respuestas judiciales que está recibiendo en cada Estado la calificación de los servicios prestados en plataformas digitales⁶³.

A esto hay que añadir que, para hacer frente a los desafíos de las nuevas formas de organización productiva, aceleradas por la economía digital, varios

⁶¹ Artículos 2.1.d) y 2.2 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; artículo 2.2 de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario; cláusula 2.1 de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES; cláusula 2.1 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada; artículo 3.1 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal; artículo 1.1 de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral; artículo 2.d) de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

⁶² Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos; Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; y Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Excepcionalmente, el artículo 3 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, incorpora un concepto de trabajador muy poco perfilado.

⁶³ Una visión exhaustiva y actualizada de los principales pronunciamientos judiciales en el ámbito internacional puede encontrarse en Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Employment status of platform workers (national courts decisions overview – Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Chile, France, Italy, Nederland, Panama, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States & Uruguay)”, <https://ignasibeltran.com/2018/12/09/employment-status-of-platform-workers-national-courts-decisions-overview-australia-brazil-chile-france-italy-united-kingdom-united-states-spain/> (último acceso 2-12-2019).

Estados han introducido en sus ordenamientos categorías a medio camino entre el trabajo autónomo y el asalariado –*worker*, TRADE, *collaboratore eterorganizzato*, *Arbeitnehmerähnliche Person*– que, si bien no rompen el modelo binario desde un punto de vista formal, pues estos trabajadores suelen clasificarse como autónomos, sí lo hacen desde un punto de vista material, ya que son titulares de una serie de derechos similares a los que disfrutaban los trabajadores asalariados⁶⁴. Todo ello plantea el interrogante de si estas categorías mixtas deben entrar en el ámbito de aplicación de las Directivas sociales o no y, por lo tanto, si quedan bajo la cobertura de los derechos sociales fundamentales.

El riesgo de una armonización asimétrica debida a las diferencias nacionales en el manejo de conceptos jurídicos clave es frecuente en las directivas que promueven una armonización de mínimos⁶⁵. Para combatir dicho riesgo y garantizar una integración nivelada, reduciendo el margen de apreciación de las autoridades estatales, el Tribunal de Justicia suele recurrir al uso de conceptos autónomos del Derecho de la Unión. A través de esta técnica, el Tribunal determina el alcance de ciertas nociones estratégicas para la correcta armonización de las legislaciones, imponiendo a los Estados miembros dicha interpretación a los solos efectos de la trasposición y aplicación de la directiva⁶⁶. Precisamente, esta ha sido la estrategia adoptada para garantizar una trasposición uniforme de las directivas sociales en torno a un concepto supranacional de trabajador que delimita su ámbito de aplicación personal por encima de las diferencias nacionales.

Aunque el concepto autónomo de trabajador no difiere demasiado de los que operan en los Estados miembros, al basarse igualmente en la dependencia y en la ausencia de riesgos, sus contornos son algo más amplios, pues en diversas ocasiones ha permitido incluir en el ámbito de aplicación de las directivas sociales y del derecho a la libre circulación de trabajadores a personas que no tenían la condición de trabajador en el Estado en el que prestaban servicios. Así ha sucedido con los funcionarios públicos⁶⁷, con miembros de consejos de

⁶⁴ Risak, M. y Dullinger, T., “The concept of «worker» in EU law. *Status quo* and potential for change”, *European Trade Union Institute Report*, 140 (2018) 14-16. En relación con el *collaboratore eterorganizzato* en las plataformas digitales, véase Novella, M., “Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse”, *Labour & Law Issues*, 5, 1 (2019) 96-101.

⁶⁵ Sobre este problema en el ámbito de las directivas antidiscriminatorias véase Spaventa, E., “Should we “harmonize” fundamental rights in the EU? Some reflections about minimum standards and fundamental rights protection in the EU composite constitutional system”, cit., 1011.

⁶⁶ Mancano, L., “Judicial Harmonisation through Autonomous Concepts of European Union Law. The Example of the European Arrest Warrant Framework Decision”, *European Law Review*, n. 1 (2018) 69-77.

⁶⁷ Por ejemplo, Auto TJUE de 7 de abril de 2011, C-519/09, *Dieter May*, par. 25-26.

administración⁶⁸, altos cargos⁶⁹, miembros de una fundación cedidos sin contrato de trabajo⁷⁰, voluntarios⁷¹, personal en prácticas no remuneradas⁷² y trabajadores autónomos vulnerables⁷³.

Pero, si bien este concepto puede aplicarse sin cortapisas a las pocas directivas que no definen su ámbito de aplicación personal, el Tribunal ha debido ser muy prudente cuando la norma europea se remite expresamente al alcance de la noción de trabajador en los ordenamientos internos⁷⁴. En estos supuestos, para evitar ser acusado de impulsar una armonización judicial encubierta de un aspecto reservado a la soberanía de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia ha debido invocar, entre otros argumentos, el efecto útil de la directiva, que se vería menoscabado si los Estados pudiesen limitar de manera excesiva e injustificada el ámbito de aplicación personal de las normas de trasposición⁷⁵. En todo caso, las sentencias del Tribunal de Justicia que analizan la operatividad del concepto autónomo de trabajador en este grupo de directivas muestran una línea quebradiza, en la que pronunciamientos más atrevidos en la imposición del concepto supranacional se alternan con otros en los que nuevamente vuelve a ser preponderante el alcance de esta noción en la legislación interna⁷⁶.

Esa tensión entre la delimitación del ámbito subjetivo del Derecho social europeo y el Derecho social de los Estados miembros toma cuerpo de una manera novedosa en las dos directivas aprobadas en junio de 2019, sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles y conciliación de la vida laboral y familiar. Con un tenor literal prácticamente idéntico, ambas normas se manifiestan aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a la legislación, los convenios colectivos o la práctica de cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁷⁷. La apostilla final, en clara referencia al concepto suprana-

⁶⁸ SSTJUE de 11 de noviembre de 2010, C-232/09, *Danosa*, par. 44-51; de 9 de julio de 2015, C-229/14, *Balkaya*, par. 34-43; de 10 de septiembre de 2015, C-47/14, *Holterman Ferho*, par. 47; y de 11 de abril de 2019, C-603/17, *Bosworth y Hurley*, par. 30-33

⁶⁹ STJUE de 10 de septiembre de 2014, C-270/13, *Haralambidis*, par. 26-41.

⁷⁰ STJUE de 17 de noviembre de 2016, C-216/15, *Ruhrlandklinik*, par. 34-37.

⁷¹ STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/15, *Matzak*, par. 28-31.

⁷² STJUE de 9 de julio de 2015, C-229/14, *Balkaya*, par. 49-52.

⁷³ STJCE de 13 de enero de 2004, C-256/01, *Allonby*, par. 71; STJUE de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, *FNV Kunsten*, par. 38; y de 29 de noviembre de 2017, C-214/16, *King*.

⁷⁴ *In extenso*, Martínez Yáñez, N. M., “Abordando el autoempleo precario desde la Unión Europea: sinergias entre el concepto de trabajador y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 440 (2019) 29-32.

⁷⁵ STJUE de 17 de noviembre de 2016, C-216/15, *Ruhrlandklinik*, par. 34-37.

⁷⁶ Confróntese la sentencia *Ruhrlandklinik* con la reciente sentencia de 13 de junio de 2019, C-317/18, *Correia Moreira*.

⁷⁷ Artículo 1.2 de la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20

cional de trabajador acuñado por el Tribunal de Justicia, surge como una solución de compromiso, al fracasar el intento de plasmar en el texto legal el concepto de trabajador definido en la sentencia *Lawrie-Blum*, que actúa como *leading case* en esta materia. Sin embargo, la fórmula es más incisiva de lo que parece, pues en virtud del principio de primacía, el concepto supranacional prevalecerá sobre el interno si ambos colisionan, a efectos de determinar el ámbito de aplicación de las directivas. Es decir, los Estados no deberían pasar por alto al llevar a cabo la trasposición que si el concepto interno de trabajador es más restrictivo, la directiva obliga a extender su protección más allá de los límites de la relación laboral, para alcanzar a todos los que se consideren trabajadores de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como viene sucediendo con las directivas que no han acotado expresamente su ámbito subjetivo de aplicación⁷⁸.

5. EL RETO DE REDIMENSIONAR LA POLÍTICA SOCIAL A LA LUZ DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Ya se ha indicado que la CDFUE se limita a reconocer que los derechos fundamentales son parte esencial del patrimonio del individuo en sus relaciones con la Unión⁷⁹. Por eso, su función inicial consistió en garantizar la compatibilidad de la legislación de la UE con los derechos fundamentales, a fin de que pudiesen ser declarados inválidos los actos disconformes⁸⁰. Sin embargo, esa función de los derechos fundamentales como un filtro negativo de legalidad no es suficiente en el orden instaurado por el Tratado de Lisboa, que impone a las instituciones de la Unión Europea un papel proactivo en la defensa de los valores relacionados con los derechos fundamentales⁸¹.

Es preciso recordar aquí que el artículo 2 TUE proclama como fundamentos de la Unión Europea la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos. De conformidad con ello, el artículo 3.3 TUE indica que la Unión favorecerá una economía social de

de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y artículo 2 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

⁷⁸ Véase el apartado III de la Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01).

⁷⁹ Sarmiento, D., *El Derecho de la Unión Europea*, cit., 182.

⁸⁰ Muir, E., “The Court of Justice in the novel system for the protection of fundamental rights in the EU”, cit., 10.

⁸¹ De Búrca, G., “The evolution of EU human rights law”, *The evolution of EU Law*, Craig, P. y De Búrca, G. (eds.), cit., 495. En la doctrina interna, recientemente, López Castillo, A., “Estudio introductorio”, cit., 58.

mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, así como la solidaridad entre las generaciones. Y, por su parte, los artículos 8, 9 y 10 TFUE encomiendan a las instituciones de la Unión tener en cuenta como principios transversales de todas sus actuaciones, incluidas la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la igualdad y no discriminación por razón de sexo, la promoción de un nivel de empleo elevado con la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social y contra diversas formas de discriminación, entre otros.

Este bloque de valores y derechos fundamentales, que conforman el núcleo del marco constitucional de la Unión Europea, unido a la atribución de valor jurídico vinculante a la Carta –artículo 6.1 TUE-, consolidan un rol más preeminente de los derechos fundamentales en el orden jurídico de la Unión y encomiendan a las instituciones europeas, y entre ellas al Tribunal de Justicia, una función activa como garantes de tales derechos⁸².

Muestra de esta nueva actitud ante los derechos fundamentales son los pronunciamientos mediante los que el Tribunal de Justicia complementa aspectos no desarrollados o no aclarados por el legislador europeo para garantizar su conformidad con los derechos fundamentales, llevando a cabo una labor interpretativa constructiva⁸³. Por ejemplo, en la sentencia *Chatzi*, en la que se debate si los progenitores de gemelos tienen derecho al mismo permiso parental que los progenitores de un solo hijo, el Tribunal de Justicia concluye que la cláusula 2.1 del Acuerdo marco, interpretada a la luz del derecho fundamental a la igualdad de trato del artículo 20 CDFUE, obliga al legislador nacional a establecer un régimen de permiso parental que tenga debidamente en cuenta las necesidades específicas de los progenitores de gemelos, aunque el Acuerdo no lo contemple expresamente⁸⁴. En la misma línea, la sentencia *Max-Planck-Gesellschaft*, sobre el derecho de vacaciones anuales retribuidas, extrae del artículo 7 de la Directiva 2003/88 y del artículo 31.2 CDFUE, una obligación de información del empresario a los trabajadores sobre los días de vacaciones devengados y su derecho a una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas si se extingue

⁸² Aunque evidentemente, el peso central de la protección de los derechos fundamentales debe recaer en los órganos legislativos y políticos. Véase MUIR, E., “The Court of Justice in the novel system for the protection of fundamental rights in the EU”, cit., 9, 10 y Dawson, M., *The governance of EU fundamental rights*, Cambridge University Press (2017) 47.

⁸³ En el fondo, hay que ser conscientes de que la posición del TJUE hacia los derechos fundamentales siempre fue muy proactiva, pues fue el propio Tribunal el que, a través de su jurisprudencia, los incluyó en el orden jurídico de la UE como principios generales del Derecho de la Unión (Lenaerts, K. y Gutiérrez-Fons, J. A., “The place of the Charter in the EU Constitutional Edifice”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., 1559, 1560).

⁸⁴ STJUE de 16 de septiembre de 2010, C-149/10, *Chatzi*, par. 63 a 75.

la relación laboral⁸⁵. En ambos casos, a fin de garantizar el necesario respeto a un derecho fundamental, el TJUE extiende el alcance del Derecho secundario enunciando nuevas reglas vinculantes para los Estados miembros⁸⁶.

Además, muy recientemente el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo una interpretación constructiva del artículo 51.1 CDFUE para permitir que los derechos de la Carta que tengan carácter incondicionado e imperativo, como el derecho de vacaciones anuales retribuidas, puedan desplegar eficacia directa horizontal entre particulares en caso de que se den las condiciones para ello, pese a que la Carta solo menciona como sus destinatarios a las instituciones y órganos de la Unión y a los Estados miembros, omitiendo cualquier referencia a los particulares⁸⁷. El TJUE vuelve a dar muestra de su capacidad para transformar el orden normativo de la Unión Europea, en este caso el propio alcance de la CDFUE, confiriendo a los individuos el poder de hacer efectivos algunos de sus derechos fundamentales cuando no estén suficientemente garantizados por la normativa europea o interna, y también, a su vez, imponiendo a los particulares que operan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión el respeto de tales derechos.

Elementos como estos confirman que, a medida que la Unión avanza hacia una organización políticamente más integrada, el papel de los derechos fundamentales y la relevancia del individuo se van incrementando y ello produce una lenta pero firme transformación en la conformación y los equilibrios internos del Derecho de la Unión Europea⁸⁸.

En semejante contexto, la Política Social debe redimensionarse, atendiendo al objetivo prioritario de proteger la dignidad de la persona y los derechos fundamentales vinculados a ella, para dar paso a una lectura renovada de los estándares de protección del acervo social tradicional que incluya la verificación de que el ámbito de aplicación personal de las directivas es conforme con los derechos fundamentales⁸⁹.

⁸⁵ STJUE de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, par. 45, 46, 61. Al respecto, Bronzini, G., “Il “Trittico” della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza”, cit., 11, 12.

⁸⁶ Sobre la capacidad del TJUE de transformar la legislación europea a través del recurso a los derechos fundamentales, véase Muir, E., “The Court of Justice in the novel system for the protection of fundamental rights in the EU”, cit., 12.

⁸⁷ STJUE de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), C-569/16 y C-570/16, *Bauer y Broßonn*. Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a este respecto, véase Rossi, L. S., “La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali”, *Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, 10 (2019) 2-12.

⁸⁸ Sarmiento, D., “El efecto horizontal de las libertades de circulación de la Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21 (2017) 147.

⁸⁹ Muir, E., “Drawing Positive Lessons from the Presence of ‘The Social’ Outside of EU Social Policy *Stricto Sensu*”, *European Constitutional Law Review*, 14, 1 (2018) 87.

Sin duda, el necesario respeto del contenido esencial de los derechos sociales fundamentales debe traducirse en una intensificación del control de las exclusiones personales y materiales previstas en el Derecho derivado⁹⁰. Pero dicho control no solo ha de tener por finalidad la declaración de invalidez de las exclusiones legales que se oponen a un derecho fundamental, en la línea apuntada por la sentencia *Test-Achats*⁹¹, sino también la comprobación de que en los supuestos en que no se aplica una directiva, en virtud de una excepción personal válida, se respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales vinculados a ella, como pone de manifiesto la sentencia *Sindicatul Familia Constanța* en relación con la directiva de ordenación del tiempo de trabajo y los derechos fundamentales a la limitación de la jornada y a vacaciones anuales retribuidas del artículo 31.2 CDFUE⁹².

Otro elemento clave es el concepto autónomo de trabajador que delimita el ámbito de aplicación personal de las directivas sociales. Como pieza fundante del orden constitucional europeo, la Carta obliga a orientar la interpretación jurídica del Derecho de la Unión hacia un resultado lo más armónico posible con el respeto y la promoción de los derechos fundamentales⁹³. La inclusión de una categoría de personas que prestan servicios en el concepto autónomo de trabajador resulta de enorme trascendencia para la efectividad de los derechos sociales fundamentales, pues de ella depende que la relación se sitúe en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, requisito exigido por el artículo 51 CDFUE para desencadenar la operatividad de los derechos sociales de la Carta. Por consiguiente, a la hora de interpretar el concepto de trabajador en relación con cada supuesto planteado, el Tribunal de Justicia debe tener en cuenta el mandato constitucional que le obliga

⁹⁰ Robin-Olivier, S., “The Scope of the Directives on Atypical Employment: Perspectives and Challenges”, *Annual Conference of the European Centre of Expertise (ECE) in the field of labour law, employment and labour market policies: The Personal Scope of Labour Law in Times of Atypical Employment and Digitalisation* (2017) 9. Sobre el necesario respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales, véase Lenaerts, K., “Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU”, *German Law Journal*, 20, 6 (2019) 779–793

⁹¹ STJUE de 1 de marzo de 2011, C-236/09, *Test-Achats*.

⁹² STJUE de 20 de noviembre de 2018 (Gran Sala), C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța*, par. 83 a 86. En este caso, la noción amplia de trabajador adoptada por el TJUE en contra del criterio del Abogado General sitúa a los padres de acogida dentro del alcance de la legislación secundaria y, aunque ésta no sea de aplicación en virtud de una excepción, ello es suficiente para considerar que la situación cae dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y entre en juego la protección dispensada por el artículo 31 CDFUE. Véase al respecto, Kenner, J., “Recent Court of Justice judgments on working time”, *ERA Forum*, 20 (2019) 263.

⁹³ Jääskinen, N., “Fundamental Social Rights in the Charter- Are they Rights? Are they Fundamental?”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., 1710, 1711 y Ruggieri, A., “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività”, *Rivista ordine internazionale e diritti umani*, 1 (2018) 21, 22.

a proteger los derechos fundamentales, así como la dimensión personal que estos tienen en la Carta, a fin de optar por la solución interpretativa que promueva en mayor medida el derecho afectado, siempre dentro del respeto de las reglas jurídicas en juego, en especial del tenor literal de la directiva en cuestión y de la propia jurisprudencia sobre el concepto de trabajador. Probablemente esto es lo que el Tribunal de Justicia ha venido haciendo ya en sentencias como *Sindicatul Familia Constanța*, *Allonby*, *Danosa*, o *King*.

La protección del empleo vulnerable por cuenta propia y la capacidad de que los derechos sociales fundamentales que la Carta atribuye a “todas las personas” o a “todos los trabajadores” puedan hacerse efectivos en tal contexto depende en buena medida de la amplitud conferida al concepto de trabajador en las directivas vinculadas con los derechos sociales fundamentales. Las directivas de junio de 2019 sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional, y condiciones laborales transparentes y previsibles, son especialmente interesantes porque invocan en sus preámbulos los derechos fundamentales a la igualdad entre hombres y mujeres –artículo 23 CDFUE-, a la conciliación de la vida laboral y familiar –artículo 33.2-, y a unas condiciones de trabajo justas y equitativas –artículo 31 CDFUE-, respectivamente. Tales invocaciones no son meramente ornamentales, sino que, por el contrario, refuerzan la exigencia de que el Tribunal de Justicia interprete la norma a la luz de los derechos fundamentales explícitamente mencionados en ella⁹⁴.

Pero la conjunción de la amplia dimensión personal de los derechos fundamentales de la Carta y la obligación del Tribunal de Justicia de orientar su labor interpretativa hacia su promoción se enfrenta con la opción del legislador de excluir el trabajo autónomo del ámbito de aplicación de las citadas directivas sociales. Y esta confrontación saca a la luz los dilemas que surgen en la articulación de la actuación de los poderes legislativo y judicial europeos en la promoción de los derechos fundamentales⁹⁵. Sin embargo, la referencia expresa a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de trabajador en los artículos que definen el ámbito de aplicación personal de las Directivas 2019/1152 y 2019/1158 abre la puerta a la consideración como trabajador a efectos del Derecho de la Unión de personas que desempeñan trabajos atípicos y que carecen de esta consideración en el Derecho interno, como ya se ha hecho notar.

En el devenir de estas cuestiones, cada vez más acuciantes en un mercado de trabajo donde la distinción del empleo por cuenta propia y por cuenta ajena se torna fluida, no cabe excluir que la igualdad de trato, como derecho fundamental

⁹⁴ Así lo ha hecho ya el Tribunal de Justicia en otras ocasiones. Véase al respecto Muir, E., “The Court of Justice in the novel system for the protection of fundamental rights in the EU”, cit., 11-13.

⁹⁵ Dawson, M., *The governance of EU fundamental rights*, cit., 77-83.

y principio general del Derecho de la Unión, pase a desempeñar un papel determinante. Así, si se considera que el trabajador asalariado y el trabajador autónomo vulnerable están en una situación profesional comparable, la consecuencia es que no podrían ser objeto de un trato diferente. A este respecto, cabe traer de nuevo a colación los pronunciamientos *Gusa y Dakneciviute*, que parten de la verificación de una situación de vulnerabilidad comparable para extender a los trabajadores autónomos las reglas aplicables a los trabajadores asalariados en el marco de la libre circulación de personas. Igualmente, en la sentencia *FNV Kunsten* la comparación entre el modo en que prestan servicios los trabajadores asalariados de una orquesta y los músicos sustitutos se erige como criterio para determinar si estos pueden ser considerados trabajadores y no empresas a efectos del Derecho de la Unión⁹⁶.

Como ha puesto de manifiesto la OIT en su centenario, el futuro del trabajo se presenta incierto y cargado de importantes desafíos, también para el Derecho de la Unión Europea. Es probable que el camino hacia una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social pase por una redefinición del ámbito de aplicación del acervo social y un uso más intenso de los derechos sociales fundamentales. Sin olvidar que ello también es necesario para combatir el *dumping social* al que conduce la huida del Derecho del Trabajo en los Estados miembros, comprometiendo el buen funcionamiento del mercado interior⁹⁷.

Ante tales retos, la naturaleza de derechos fundamentales de una serie de derechos laborales protegidos a nivel regional e internacional debería actuar como un catalizador para la expansión del ámbito de aplicación personal de áreas importantes del Derecho social europeo más allá del empleo asalariado⁹⁸. En ese proceso la CDFUE está llamada a desempeñar un rol más relevante y dinámico, no solo como un escudo sino como una espada capaz de empoderar a los más vulnerables⁹⁹.

⁹⁶ STJUE de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, *FNV Kunsten*, par. 31 y 42.

⁹⁷ García Pechuán, M., “Artículo 28. Derecho de negociación colectiva y de acción colectiva”, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, cit., 845, 846, Doherty, M. y Franca, V., “Solving the ‘Gig-saw’? Collective Rights and Platform Work”, *Industrial Law Journal*, en prensa y Cabeza Pereiro, J., “Negociación colectiva y derecho de la competencia: perspectiva europea”, en prensa.

⁹⁸ Kountouris, N., “The Concept of ‘Worker’ in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope”, *Industrial Law Journal*, 47-2 (2018) 218.

⁹⁹ De Schutter, O., “The CFREU and its specific role to protect fundamental social rights”, cit., 37 y Dawson, M., *The governance of EU fundamental rights*, cit., 221-225.