

*Revista Internacional y Comparada de*

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

*Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT*

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

*Directores Científicos*

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canadá*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

*Comité Evaluador*

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M<sup>a</sup> José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

*Comité de Redacción*

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Maddalena Magni (*Italia*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Francesco Nespoli (*Italia*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

*Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

*Redactor Responsable de la Gestión Digital*

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

# El trabajo no remunerado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea\*

Juan ESCRIBANO GUTIÉRREZ\*\*

---

**RESUMEN:** En las últimas décadas, nuestra disciplina ha tenido que hacer frente a la proliferación de una serie de prestaciones de trabajo que no encajan en los tradicionales esquemas asumidos para la delimitación de su ámbito subjetivo. En concreto, se ha producido un incremento del trabajo realizado en favor de empresas que integran el denominado como tercer sector y que carecen de ánimo de lucro. Llevamos a cabo un estudio de la jurisprudencia del TJUE al respecto. A pesar de los avances experimentados en esta jurisprudencia en aras a la determinación de un concepto unitario de trabajador, un examen de las sentencias más recientes sigue arrojando un déficit importante. La concurrencia de una remuneración no es suficiente a efectos de tal delimitación, sino que, como ocurre en los ordenamientos jurídicos nacionales, se requiere la concurrencia de los tradicionales elementos de ajenidad o dependencia, apreciándose una concepción más restrictiva de lo que es habitual en dichos ordenamientos.

*Palabras clave:* Voluntariado, salario, ámbito subjetivo, ajenidad, dependencia.

**SUMARIO:** 1. El trabajo no remunerado como nueva realidad laboral. 2. Delimitación del concepto de trabajador en el Derecho de la Unión. 2.1. Inexistencia de un concepto unívoco de trabajador en el Derecho de la Unión. 2.2. Capacidad del Derecho de la Unión para la definición autónoma del concepto de trabajador. 3. Elementos objetivos de la definición de trabajador en el Derecho de la Unión. 4. Utilidad económica y privilegios de las empresas sin ánimo de lucro en la contratación pública: la importancia de la inexistencia de retribución. 5. Un nuevo paso en la creación de un concepto autónomo de trabajador comunitario sin deseo de armonización: la sentencia *Betriebsrat*. 6. Libre tránsito de extranjeros y voluntariado: la Directiva (UE) 2016/801. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

---

\* Este artículo es fruto de la participación del autor en el proyecto de I+D PID2019-108628GB-I00, financiado con cargo al Plan Nacional de Investigación, para el trienio 2020-2023, con el título *Condiciones de trabajo decentes en el marco de la Estrategia de Transición Justa*.

\*\* Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Córdoba (España).

## Unpaid Work in the Case Law of the Court of Justice of the European Union

---

**ABSTRACT:** In recent decades, our discipline has had to face the proliferation of a series of work services that do not fit into the traditional schemes assumed for the delimitation of its subjective scope. Specifically, there has been an increase in the work carried out for companies that are part of the so-called third sector and which are not for profit. Despite the progress made in this jurisprudence towards the determination of a unitary concept of worker, an examination of the most recent judgments still reveals a significant deficit. The existence of remuneration is not sufficient for the purposes of such a delimitation, but rather, as is the case in national legal systems, the concurrence of the traditional elements of alienation or dependence is required, with a more restrictive conception than is usual in those systems in the case law of the Court of Justice of the European Union.

*Key Words:* volunteerism, wage, subjective sphere, otherness, subordination.

## 1. El trabajo no remunerado como nueva realidad laboral

La realidad laboral se ha visto presidida, en los últimos tiempos, por la proliferación de toda una serie de supuestos de prestación de actividad laboral que, sin embargo, no han encontrado una acogida conveniente en los diferentes ordenamientos jurídico-laborales, al no encajar en los perfiles definidos por los mismos. Presididos éstos por un estrecho concepto de trabajador por cuenta ajena y dependiente, han vuelto la espalda a una serie de manifestaciones nuevas y que, por ello mismo, no encajan convenientemente en esos límites. Un ejemplo en este sentido estaría constituido por el de los trabajos prestados al margen de las reglas tradicionales del mercado de trabajo, en especial, aquéllos realizados a título gratuito o a cambio de una mera compensación por gastos<sup>1</sup>, o de un precio inferior al de su valor en dicho mercado, en definitiva.

En este nuevo contexto es de destacar, a los efectos de este estudio, el supuesto del trabajo prestado a favor de una entidad pública o privada sin ánimo de lucro<sup>2</sup>. De hecho, el papel que las entidades sin ánimo de lucro vienen asumiendo en los últimos tiempos como empleadoras de importantes contingentes de personas, encaminadas a prestar unos servicios que el llamado Estado del Bienestar venía desarrollando hasta hace algunos años, así como las especialidades de las prestaciones de servicios realizadas en su favor, han sido prácticamente obviados por parte de nuestra doctrina. La organización estatal se retrae en cuanto sujeto que organiza la prestación de servicios a los distintos colectivos de ciudadanos, dejando dicha función, en buena medida, en manos de organismos de derecho privado<sup>3</sup>. En este sentido, la importancia alcanzada por este sector desde la perspectiva del empleo ha conducido a considerarlo como uno de los tres grandes sectores de la estructura social del Estado de Derecho: el sector público, el sector

---

<sup>1</sup> Desde antiguo nuestra legislación y jurisprudencia se ha hecho eco de los denominados trabajos a título de amistad, benevolencia y buena vecindad (art. 1.3.d ET), con la finalidad expresa de excluirlos del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo porque se trata de «servicios que se prestan a – u obras que se ejecutan para – otro a título absolutamente gratuito, trayendo de la gratuidad sin más su causa». *Vid.* M. ALONSO OLEA, *Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad*, en AA.VV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos, 1999, p. 16.

<sup>2</sup> Pero téngase en cuenta que el trabajo benévolo excluido puede abarcar supuestos de prestación de servicios gratuitos para entidades privadas con otros fines no benéficos, como ha venido admitiendo nuestra jurisprudencia. *Vid.* M. ALONSO OLEA, *op. cit.*, p. 18.

<sup>3</sup> *Vid.* V.F. MANRIQUE LÓPEZ, F.J. ARRIETA IDIAKEZ, *Régimen jurídico de la prestación de servicios en las organizaciones sin ánimo de lucro de la Comunidad Autónoma de Euskadi*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, n. 164.

privado mercantil y el sector privado no lucrativo<sup>4</sup>. Desde esta división tripartita de la estructura social, han sido numerosas las voces que han tratado de interpretar este tercer sector como el eslabón perdido entre el ciudadano y el Estado. Desde esta perspectiva, vendría a convertirse en el mecanismo ideal para estructurar la sociedad civil – canalizando, pues, la necesaria participación de los ciudadanos – así como en un necesario yacimiento de empleo – en caso de que se retribuya – en el que insertar a aquellos trabajadores excedentes tras la implantación en el sector productivo de las nuevas tecnologías<sup>5</sup>.

Descendiendo al plano de la realidad práctica, se aprecia, no obstante, cómo los objetivos teóricos, así como las necesidades a cubrir por las entidades sin ánimo de lucro sufren una doble perversión de gran trascendencia desde la perspectiva de nuestra disciplina. En primer lugar, desde el punto de vista del Estado se produce una utilización torcida de la institución, ya que a través de esta se pretende cubrir el vacío ocasionado por los progresivos recortes presupuestarios en las partidas de carácter social. Es decir, que, tras la apariencia de instituciones encaminadas a canalizar los deseos de solidaridad de parte de los ciudadanos de las democracias avanzadas, en muchas ocasiones se esconden auténticos programas, enmarcados en las nuevas tendencias neo-liberales, de privatización de aquellos servicios sociales tradicionalmente prestados por los Estados sociales y democráticos de derecho.

En el marco de esta utilización torcida de dichas instituciones se puede apreciar una tendencia a la precarización del trabajo, encaminada a la prestación de servicios hasta ese momento realizados por las administraciones públicas. Es decir, en muchas ocasiones la atribución a las entidades sin ánimo de lucro de funciones hasta ese momento asumidas por las instituciones públicas responde a un deseo de abaratar los costes de dicho servicio, aunque dicho abaratamiento se lleve a cabo a través de trabajadores en precario<sup>6</sup>. En concreto, dicho trabajo se viene a desempeñar desde dos posiciones jurídicas claramente diferenciadas. Por un lado, a través de trabajadores vinculados con las entidades sin ánimo de lucro con contratos de trabajo, en su mayoría a tiempo parcial, o escasamente remunerados. Por otro, a través de personas que, sin tener vínculo laboral

---

<sup>4</sup> Cfr. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA, *La progresiva extensión del “trabajo cívico” y otros pronunciamientos jurisprudenciales de interés*, en *Justicia Laboral*, 2002, n. 9, p. 5 ss.

<sup>5</sup> J. RIFKIN, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paidós, 1997, p. 180 ss.

<sup>6</sup> Vid. R. SUSÍN BELTRÁN, *Algunas cuestiones para comprender la institucionalización jurídica del voluntariado*, en *Documentación Social*, 2001, n. 122.

alguno con la entidad sin ánimo de lucro, vienen a desempeñar, en la mayor parte de las ocasiones, trabajos semejantes a los de los asalariados, pero sin recibir a cambio remuneración alguna o una remuneración muy inferior a la media en el sector<sup>7</sup>.

Desde el punto de vista de los voluntarios, sin negar que la realización de dichas actividades obedecerá en su mayoría a una vocación altruista y de colaboración solidaria con los más necesitados<sup>8</sup>, no es menos cierto que también es usual su utilización como plataforma de inserción en el mundo laboral<sup>9</sup>. La incorporación como voluntario en una entidad pública o privada de carácter no lucrativo puede fácilmente estar presidida por un deseo de formación o promoción, como consecuencia, precisamente, de que dichas entidades se contemplan como yacimientos de empleo.

Asimismo, el carácter voluntario de este tipo de prestación puede verse cuestionado desde el momento en el que se produce una confusión, en el marco de una misma empresa, de actividades realizadas en el marco del contrato de trabajo y aquellas realizadas por los mismos trabajadores que, por prestarse gratuitamente, carecen de la consideración de objeto del contrato de trabajo. En este sentido, es especialmente significativa la figura del voluntariado corporativo introducido en el ordenamiento jurídico español a partir de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, del Voluntariado (art. 21). En virtud de tal precepto, la empresa podrá destinar a sus trabajadores, que voluntariamente así lo decidan, a la realización de actividades altruistas en el marco de la responsabilidad social corporativa de la empresa. En este supuesto, como puede fácilmente deducirse, se plantea el carácter realmente voluntario de la participación de los trabajadores en una actividad en favor de la imagen empresarial<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. M.I. MARTÍNEZ MARTÍN, E. GONZÁLEZ GAGO, *Coexistencia de voluntariado y trabajo asalariado en las ONG de Acción Social*, en *Documentación Social*, 2001, n. 122. Puede verse, asimismo, F. VALDÉS DAL-RÉ, *El trabajo altruista y gratuito: un intento de reconstrucción dogmática*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2011, n. 1, pp. 145-153, y F. VALDÉS DAL-RÉ, *El trabajo prestado en el marco del voluntariado social (I) y (II)*, *ibidem*, 2012, n. 10 y n. 12, pp. 1-7 y pp. 1-8.

<sup>8</sup> El panorama no es uniforme. Por un lado, la prestación de servicios se presume gratuita cuando se realiza en beneficio de una entidad con “fines benéficos”; por otro lado, la ausencia de fin benéfico en quien se beneficia de la prestación obliga a indagar en la voluntad altruista, da igual si solidaria, ideológica o festiva, de quien los presta. Así lo describe M. ALONSO OLEA, *op. cit.*, p. 18.

<sup>9</sup> Véase la propuesta del Parlamento Europeo para que dicha función del voluntariado quede institucionalizada en EFE, [Los eurodiputados piden que se cuente el voluntariado como experiencia laboral](#), en [www.elmundo.es](#), 12 junio 2012.

<sup>10</sup> Cfr. N. SERRANO ARGÜELLO, *El voluntariado corporativo y la Ley 45/2015 de voluntariado*, en *Diario La Ley*, 2016, n. 879, y R. ESTEBAN LEGARRETA, *El voluntariado corporativo en el marco de la responsabilidad social empresarial. Nuevas cuestiones sobre las fronteras entre la actividad voluntaria*

Partiendo de estas premisas, resulta fácil deducir que deberán producirse necesariamente todo tipo de desajustes y fenómenos de conflictividad social. Por ello, una delimitación del ámbito subjetivo de la figura del voluntariado, y del trabajo gratuito en general, es capital en aras a la evitación de abusos<sup>11</sup>. En este sentido, las sentencias aquí analizadas del TJUE parten del hecho de que se ha detectado la tendencia en alguno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a excluir de la consideración de trabajador a ciertos colectivos calificados como voluntarios, aun en el caso de que respecto a los mismos concurren las notas distintivas del contrato de trabajo. Sin embargo, se le excluye de tal consideración por la naturaleza jurídica del empresario o como consecuencia de la definición como no salarial de las partidas económicas recibidas por el trabajador.

Al mismo tiempo, desde la jurisprudencia del TJUE también se ha respaldado la posición jurídica privilegiada que algunos Estados miembros conceden a las empresas sin ánimo de lucro respecto de las concesiones públicas de servicios. Por su parte, las diferentes disposiciones dictadas por la Unión Europea tienen un claro hilo conductor y que no es otro que el de procurar una potenciación de las facetas más rentables del trabajo de voluntariado, olvidando, al mismo tiempo, que el origen de este tipo de instituciones se encuentra, precisamente, en la aportación de un trabajo con fines solidarios<sup>12</sup>.

La Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, ha aportado una definición del voluntariado que, de nuevo, conjuga los tradicionales elementos de esta figura jurídica. Por un lado, la carencia de ánimo de lucro de la entidad receptora del trabajo y, por otro, el hecho de que las actividades desarrolladas no sean remuneradas, excepto en forma de reembolso de gastos o dinero de bolsillo o ambos.

Del análisis de la normativa comunitaria, así como de las resoluciones del TJUE, se desprende que se ha procedido a una utilización del término de trabajo no retribuido en tres contextos claramente diferenciados:

a. en primer lugar, la retribución se convierte en un elemento que coadyuva

---

y el contrato de trabajo, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, n. 1.

<sup>11</sup> En este sentido, F. VALDÉS DAL-RÉ, *El trabajo altruista y gratuito: un intento de reconstrucción dogmática*, cit.; del mismo, *El trabajo prestado en el marco del voluntariado social (I) y (II)*, cit.

<sup>12</sup> En este sentido, puede verse el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el servicio cívico europeo. Sobre el particular, véase J.M. SERRANO GARCÍA, *El voluntariado: de fórmula de participación a instrumento para el empleo*, en *Temas Laborales*, 2014, n. 126, p. 136.

- a la delimitación del concepto de trabajador en el Derecho de la Unión;
- b. al mismo tiempo, el derecho a la libre competencia comunitaria encuentra en el marco de las licitaciones públicas un límite relacionado con la inexistencia de ánimo de lucro de las empresas adjudicatarias y su carácter de receptoras de trabajo no remunerado;
- c. por último, en el libre tránsito de personas de terceros países dentro de la Unión también presenta importantes especialidades en función del tipo de actividad a desarrollar por el ciudadano de terceros países y, en especial, por su condición de voluntario.

El análisis del elemento retributivo como instrumento de delimitación subjetiva del concepto de trabajador en el Derecho de la Unión ha de partir, necesariamente, de una descripción del propio concepto de trabajador en éste y en la jurisprudencia del TJUE. Una vez llevada a cabo esta descripción, procederemos a analizar cómo el Tribunal de Justicia ha abordado el papel del concepto de retribución en su más reciente jurisprudencia.

## **2. Delimitación del concepto de trabajador en el Derecho de la Unión**

### **2.1. Inexistencia de un concepto unívoco de trabajador en el Derecho de la Unión**

Aunque pueda resultar paradójico, el Derecho de la Unión no ha incorporado aún una noción unívoca del concepto de trabajador. Por el contrario, ha optado por definir técnicamente de manera diferente a este en función de los distintos ámbitos afectados, no siendo coincidentes entre sí las diferentes opciones utilizadas<sup>13</sup>. Así, por ejemplo, podríamos destacar las siguientes definiciones subjetivas aportadas por el legislador comunitario:

- a. respecto a la titularidad y ejercicio de la libertad de circulación de trabajadores;
- b. referida a la aplicación de la normativa sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas<sup>14</sup>;

---

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, lo mantiene el TJUE en su sentencia 13 enero 2014, asunto C-256/01, *Debra Allonby c. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional y Secretary of State for Education and Employment*, punto 63.

<sup>14</sup> Una interpretación reciente al respecto puede verse en la STJUE 20 julio 2017, asunto C-416/16, *Luis Manuel Piscarreta Ricardo c. Portimão Urbis EM SA y otros*, donde se viene a considerar como trabajador, a efectos la Directiva 2001/23/CE del Consejo, también a los

- c. a los efectos del ámbito de aplicación de la seguridad social de los trabajadores migrantes<sup>15</sup>.
- d. relativa a la aplicación de la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal<sup>16</sup>. No son, sin embargo, los únicos supuestos que podríamos encontrar<sup>17</sup>, todo ello en un contexto de falta de unidad en los ordenamientos de los Estados miembros a la hora de definir el concepto de trabajador. En ellos son detectables, incluso, tendencias divergentes en el sentido de ampliar o reducir el campo de aplicación del Derecho del Trabajo<sup>18</sup>.

Es por ello, que un análisis de la jurisprudencia del TJUE se convierte en imprescindible pues, si bien dicha jurisprudencia no deja de interpretar la extensión de los diversos conceptos utilizados por las distintas Directivas que aportan los suyos propios, también es cierto que llevan a cabo una importante labor de precisión de términos, en muchas ocasiones, de uso recurrente por el Derecho de la Unión. Así, por ejemplo, conceptos como “trabajadores habitualmente empleados”, “retribución”, “realización de un trabajo a favor y bajo la dirección de otro”, “actividad económica”, entre otros, han sido recurrentemente objeto de cuestiones prejudiciales resueltas por el Alto Tribunal europeo.

En definitiva, lo que subyace en la labor del TJUE es el deseo de configurar, más allá de la diversidad de definiciones, un concepto supranacional de trabajador en todos aquellos supuestos en los que no se produce de manera expresa una remisión al derecho nacional a estos efectos. No obstante, dicha intención estará siempre condicionada por la anteriormente resaltada falta de unidad en la definición de dicho concepto.

Esta labor de interpretación arranca en su ya lejana sentencia *Unger*<sup>19</sup>. En esta temprana resolución se aprecia ya la clara intención de configurar un

---

trabajadores que no se encuentran prestando efectivamente sus servicios por encontrarse su contrato de trabajo en suspenso.

<sup>15</sup> M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *El ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación de trabajadores (El concepto de trabajador en el Derecho comunitario europeo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia)*, en AA.VV., *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 41.

<sup>16</sup> Respecto de esta, puede verse C. GALA DURÁN, *La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España*, en *Temas Laborales*, 2009, n. 102.

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, pueden verse las matizaciones respecto a la extensión de las garantías del salario en J. GARCÍA MURCIA, [La garantía del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea](#), en *esta Revista*, 2016, n. 2, p. 18 ss.

<sup>18</sup> A. SUPLOT (coord.), *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 51.

<sup>19</sup> STJUE 19 marzo 1964, asunto 75/63, M.K.H. *Unger, esposa de R. Hoekstra c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten te Utrecht*.

concepto de trabajador comunitario al margen de las legislaciones de los Estados miembros, al menos en lo referido al libre tránsito de trabajadores. En este sentido, mantenía que el Tratado, al consagrar los arts. 48-51 a la libre circulación de los trabajadores, confirió, de ese modo, alcance comunitario a dicho término. Además, en el supuesto de que dicho término hubiera de regirse por el Derecho interno, cada Estado tendría la posibilidad de modificar el contenido del concepto de trabajador y privar a su arbitrio a determinadas categorías de personas de la protección del Tratado.

A partir de aquí, el TJUE ha mantenido de manera constante el carácter autónomo del Derecho de la Unión en aras a la interpretación de los distintos conceptos de trabajador implementados por sus Directivas. Así, por ejemplo, respecto al despido colectivo<sup>20</sup>, al acceso al empleo<sup>21</sup> o respecto a la igualdad y no discriminación de los trabajadores o la protección de su seguridad y salud<sup>22</sup>.

En esta última se afirma, de manera especialmente contundente, esta consideración al afirmar que «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»<sup>23</sup>. En concreto, la calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador a efectos del Derecho comunitario, si su independencia sólo es aparente<sup>24</sup>.

## 2.2. Capacidad del Derecho de la Unión para la definición autónoma del concepto de trabajador

Partiendo de estas consideraciones, nos centraremos en la determinación de ese concepto de trabajador comunitario aportado por el TJUE en sus sentencias *Fenoll*<sup>25</sup> y *Betriebsrat*<sup>26</sup> en relación a la trascendencia de la

<sup>20</sup> Vid. STJUE 11 noviembre 2015, asunto C-422/14, *Christian Pujante Rivera c. Gestora Clubs Dir, S.L., y Fondo de Garantía Salarial*.

<sup>21</sup> Vid. STJUE 3 julio 1986, asunto C-66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*.

<sup>22</sup> Vid. STJUE 20 septiembre 2007, asunto C-116/06, *Sari Kiiski c. Tampereen kaupunki*.

<sup>23</sup> En el mismo sentido, pueden verse STJUE 23 marzo 1982, asunto 53/81, *D.M. Levin c. secretaria del Estado a la Justicia*, STJUE 31 mayo 1989, asunto 344/87, *I. Bettray c. Staatssecretaris van Justitie*, o STJUE 19 noviembre 2002, asunto C-188/00, *Bülent Kurç, nacido Yüce c. Land Baden-Württemberg*.

<sup>24</sup> Vid. sentencia *Allonby*, cit.

<sup>25</sup> STJUE 26 marzo 2015, asunto C-316/13, *Gérard Fenoll c. Centre d'aide par le travail "La Jouvène" y Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales (APEI) d'Avignon*.

<sup>26</sup> STJUE 17 noviembre 2016, asunto C-216/15, *Betriebsrat der Rubrandklinik gGmbH c.*

retribución como elemento determinante en relación a la aplicación de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y del art. 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En estas sentencias, el TJUE afrontará, de nuevo, la noción de trabajador en el Derecho de la Unión para así determinar la aplicación de dichas Directivas.

En cuanto a la primera de las Sentencias, hemos de destacar que el TJUE se dispone a realizar un análisis de esta problemática desde la perspectiva de un supuesto concreto, en este caso, la aplicación de la Directiva en cuestión a aquellos trabajadores excluidos por el Derecho nacional de origen de la misma como consecuencia de la negación del concepto de salario de la retribución obtenida por los trabajadores como consecuencia de la prestación de servicios en favor de una entidad sin ánimo de lucro.

En concreto, el Tribunal remitente se pregunta si las personas admitidas en un centro de ayuda mediante el trabajo, y que no tienen la condición de trabajadores por cuenta ajena, están comprendidas en el concepto de trabajador en el sentido del Derecho de la Unión, teniendo en cuenta que el trabajador en cuestión recibía una retribución muy por debajo del salario mínimo garantizado en Francia como consecuencia de que en este ordenamiento jurídico carecía de la consideración de trabajador. En concreto, el Tribunal remitente eleva tres cuestiones al TJUE:

- a. en primer lugar, si la persona en cuestión puede ser calificada como trabajador como consecuencia de la interpretación del art. 3 de la Directiva 89/391/CEE, a la que se remiten las disposiciones del art. 1 de la Directiva 2003/88/CE;
- b. en segundo lugar, si el art. 31.2 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión debe ser interpretada en ese mismo sentido;
- c. por último, si la persona mencionada puede invocar directamente los derechos que le confiere la Carta para obtener el derecho a vacaciones retribuidas en caso de que la normativa nacional no prevea que disfrute de tales vacaciones, y si debe el juez nacional, para garantizar la plena eficacia de tal derecho, puede excluir la aplicación de toda disposición de Derecho nacional contraria.

En definitiva, se trata de determinar si el concepto de trabajador utilizado en dichas Directivas ha de extenderse, incluso, a aquellos sujetos que

---

*Rubrandklinik gGmbH*. El concepto elaborado por esta última ha sido posteriormente reiterado por este Tribunal. Por ejemplo, véanse STJUE 20 noviembre 2018, asunto C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța y otros c. Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului Constanța*, y STJUE 15 julio 2021, asunto C-742/19, *B.K. c. Republika Slovenija (Ministrstvo za obrambo)*.

carecen de tal consideración desde la perspectiva del ordenamiento jurídico nacional de referencia por recibir un salario muy por debajo de los niveles del mínimo. El órgano jurisdiccional remitente únicamente solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre si el Sr. Fenoll puede invocar, en calidad de trabajador, el derecho a vacaciones anuales retribuidas de una duración mínima de cuatro semanas, y no sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la normativa francesa con arreglo a la cual, por un lado, las vacaciones no disfrutadas a consecuencia de una enfermedad no dan derecho a percibir una indemnización compensatoria ni sobre el hecho de que los períodos de baja laboral por enfermedad no generan el derecho a vacaciones retribuidas. Es evidente, considera el propio Abogado General en sus conclusiones, que el órgano jurisdiccional remitente considera que está suficientemente instruido sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia<sup>27</sup>.

El TJUE había tenido ocasión de pronunciarse al respecto con anterioridad en otras ocasiones. En las mismas había mantenido que el ámbito de aplicación de la Directiva 89/391/CEE debe entenderse en sentido amplio, de manera que las excepciones a su ámbito de aplicación previstas en su art. 2.2 han de interpretarse restrictivamente. Dichas excepciones, mantiene este Tribunal, fueron adoptadas únicamente con el fin de garantizar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la seguridad, de la salud, así como del orden público en circunstancias de gravedad y amplitud excepcionales<sup>28</sup>.

Dado que la actividad desarrollada por el trabajador recurrente no puede ser comprendida en ninguno de los supuestos expresamente excluidos por la Directiva, habrá que comprobar si la actividad ejercida por éste es realizada como trabajador en el sentido del art. 7 de la Directiva

---

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, en la STJUE 24 enero 2012, asunto C-282/10, *Maribel Domínguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique y Préfet de la région Centre*, punto 18: «Los Estados miembros tienen la posibilidad de establecer, en su normativa interna, las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, pero no pueden supeditar a ningún tipo de requisito la propia constitución de este».

<sup>28</sup> Véanse, en este sentido, STJUE 12 enero 2006, asunto C-132/04, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*, punto 22, y STJUE 3 octubre 2000, asunto C-303/98, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) c. Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, puntos 34 y 35; ATJUE 3 julio 2001, asunto C-241/99, *Confederación Intersindical Galega (CIG) c. Servicio Galego de Saúde (Sergas)*, punto 29; STJUE 5 octubre 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, *Bernhard Pfeiffer (C-397/01)*, *Wilhelm Roith (C-398/01)*, *Albert Sijß (C-399/01)*, *Michael Winter (C-400/01)*, *Klaus Nestroegel (C-401/01)*, *Roswitha Zeller (C-402/01)* y *Matthias Döbele (C-403/01) c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, punto 52, y ATJUE 14 julio 2005, asunto C-52/04, *Personalrat der Feuerwehr Hamburg c. Leiter der Feuerwehr Hamburg*, punto 42.

2003/88/CE y del art. 31.2 de la Carta. Es decir, no es la denominación de la actividad desarrollada lo determinante sino el modo en el que la misma se realiza, al contrario de lo establecido en el ordenamiento de origen en el que era la consideración de discapacitado lo que excluía, en sí misma, la extensión de la consideración de trabajador al ser merecedor de una retribución inferior al salario mínimo.

Como hemos adelantado, la resolución de la cuestión planteada será llevada a efecto a través de la interpretación autónoma de la normativa comunitaria. La Directiva 2003/88/CE no contiene ninguna remisión al concepto de trabajador consagrado en las legislaciones nacionales por lo 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 Unión» (punto 25 de la sentencia) y ha de ser definido conforme a criterios objetivos<sup>29</sup> con el fin de garantizar la uniformidad del ámbito de aplicación *ratione personae* del derecho a vacaciones retribuidas de los trabajadores.

Con base en dicho punto de partida, y retomando la jurisprudencia que ha abordado semejante cuestión, se define al trabajador como aquella 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. La característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución<sup>30</sup>.

La prestación se calificará como laboral y, por tanto, será de aplicación la correspondiente Directiva, como consecuencia de que se constate la concurrencia de los elementos reseñados con independencia de la calificación otorgada en el derecho nacional a tal prestación y de la celebración o no de un contrato de trabajo<sup>31</sup>. Así, en el caso juzgado por el TJUE en el asunto *Fenoll*, el derecho francés excluía de la consideración de trabajador al colectivo de trabajadores discapacitados en centros especiales

---

<sup>29</sup> *Vid.* STJUE 14 octubre 2010, asunto C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère c. Premier ministre y otros*, punto 29, sentencia *Sindicatul Familia Constanța*, cit., y STJUE 21 febrero 2018, asunto C-518/15, *Ville de Nivelles c. Rudy Matzak*.

<sup>30</sup> Son muchas las sentencias que parten de dichos elementos como determinantes a la hora de elaborar un concepto comunitario de trabajador. Pueden verse STJUE 3 mayo 2012, asunto C-337/10, *Georg Neidel contra Stadt Frankfurt am Main*, punto 23; sentencia *Lawrie-Blum*, cit., puntos 16 y 17, STJUE 23 marzo 2004, asunto C-138/02, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions*, punto 26, y STJUE 7 septiembre 2004, asunto C-456/02, *Michel Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, punto 15.

<sup>31</sup> *Vid.* STJUE 11 noviembre 2010, asunto C-232/09, *Dita Danosa c. LKB Lāzings SLA*, puntos 40-42.

a los que se les retribuye por debajo del salario mínimo estipulado al efecto. Como consecuencia de todo lo anterior, habrá que comprobar la concurrencia de dichos elementos objetivos, para lo que habrá que proceder a su previa definición.

### 3. Elementos objetivos de la definición de trabajador en el Derecho de la Unión

De lo expuesto hasta ahora, podemos deducir un cierto cambio de tendencia en la jurisprudencia del TJUE a la hora de abordar el concepto comunitario de trabajador. Frente a una concepción que podríamos calificar como general en la que este Tribunal, si bien mantenía la facultad del Derecho de la Unión para mantener un concepto autónomo de trabajador, sin embargo, consideraba que ello no implicaba que tal concepto fuera unívoco. Así, por ejemplo, en la sentencia *Allonby* afirmaba que hay «recordar que el concepto de trabajador en Derecho comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate» (punto 63)<sup>32</sup>.

Por el contrario, el asunto *Fenoll* ahora analizado demuestra que el TJUE está inclinándose, cada vez más abiertamente, hacia una concepción uniforme y horizontal de la noción de trabajador. En concreto, en esta resolución el Tribunal se aventura a dar una definición única al término utilizado por el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE y por el art. 31 de la Carta de Derechos. Dado que en ambos supuestos se hace referencia al derecho de los trabajadores a un período de vacaciones anuales retribuidas, no era lógico mantener una definición diferente en ambos supuestos (punto 26). Además, deducimos esta tendencia del hecho de que en esta sentencia se apela, a la hora de analizar los elementos que han de concurrir para definir el concepto de trabajador a efectos de disfrute de vacaciones retribuidas, a una serie de elementos que habían sido utilizados con anterioridad por el TJUE para delimitar el concepto de trabajador en otros ámbitos diferentes: igualdad entre trabajadores y trabajadoras, protección de trabajadoras embarazadas o libre circulación de trabajadores.

Al mismo tiempo, en su afán de elaborar este nuevo concepto unívoco de trabajador, viene a utilizar otros elementos, en especial, los referidos a la

---

<sup>32</sup> En el mismo sentido, pueden verse STJUE 12 mayo 1998, asunto C-85/96, *María Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, punto 31, y STJUE 1º marzo 2012, asunto C-393/10, *Dermot Patrick O'Brien y Ministry of Justice, anteriormente Department for Constitutional Affairs*, punto 30.

necesidad de que el trabajador realice actividades reales y efectivas, lo que implica la exclusión de todas aquellas actividades que comporten labores puramente marginales y accesorias (punto 27), mención que ya aparecía contenida en las Conclusiones del Abogado General (puntos 38-44). Esta mención ni tan siquiera se encontraba presente en los anteriores pronunciamientos de este Tribunal a la hora de interpretar el concepto utilizado por esta misma Directiva<sup>33</sup>, aunque sí respecto a la libre circulación de trabajadores<sup>34</sup>, en especial, en la sentencia *Bettray* (punto 17).

Dada la vocación detectada en esta resolución de dotar al concepto de trabajador un carácter más unívoco al existente hasta ahora, es muy importante llevar a cabo una descripción de los distintos elementos que dicha sentencia considera necesarios para poder entender que nos encontramos ante un trabajador.

#### *a) Prestación real y efectiva desempeñada por el trabajador*

Como anteriormente adelantamos, el elemento definitorio más novedoso es el referido a la necesidad de que la prestación tenga un carácter real y efectivo y no sea meramente marginal o accesorio. Este elemento había sido utilizado hasta ahora, especialmente, por el TJUE a la hora de definir el ámbito subjetivo de la libre circulación de trabajadores. A este respecto, la falta de presencia de este elemento interpretativo llevó a excluir a aquellas actividades que suponen un simple medio de reeducación o reinserción de las personas que las ejercen<sup>35</sup>. Esta es la razón por la cual el Gobierno francés solicita la aplicación por analogía de semejante jurisprudencia, dado que también en este caso el trabajo realizado por el demandante tiene un claro componente asistencial.

A este respecto, cabe diferenciar los razonamientos mantenidos por el Abogado General de los que, finalmente, constituyen el razonamiento del TJUE. En el primer caso, se niega la aplicación de la jurisprudencia sobre libre circulación para negar la aplicación del propio concepto de actividad real y efectiva. Ha de observarse, mantiene el Abogado General en sus Conclusiones, que el Tribunal de Justicia ha desarrollado su concepto de actividades reales y efectivas en el marco de la libre circulación de los trabajadores, considerando que, tanto de la formulación del principio de la libre circulación de los trabajadores como del lugar que ocupan las normas

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, no aparece en la sentencia *Union syndicale Solidaires Isère*, cit.

<sup>34</sup> Sobre estos criterios, puede verse C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, n. 37, p. 55.

<sup>35</sup> *Vid.* sentencia *Bettray*, punto 17.

a él referentes en el conjunto del sistema del Tratado, 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. En estas circunstancias, concluye el Abogado general, esa condición no ha de ser tan determinante para definir el concepto de trabajador, no ya en el ámbito de su libre circulación, sino en el de su protección laboral. Es decir, «el requisito de la realidad y efectividad de las actividades ha de ser menos decisivo en un contexto más social que el de la libre circulación de los trabajadores, por lo que no debe aplicarse de forma estricta» (punto 44).

Por el contrario, la sentencia sí acepta la aplicación analógica de los razonamientos mantenidos con relación a la libre circulación de trabajadores, aunque, una vez analizados los elementos concurrentes, se ha de afirmar que en este caso sí nos encontramos ante una actividad real y efectiva. El TJUE en su afán de desarrollar un concepto de trabajador cada vez más omnicomprendivo acepta la aplicación de conceptos de definición hasta ahora circunscritos a otras cuestiones y, a continuación, lleva a cabo una definición autónoma del propio elemento interpretativo. En este sentido, se trae a colación al hecho de que las actividades desarrolladas por el trabajador puedan considerarse comprendidas normalmente en el mercado de trabajo, como ya había hecho con anterioridad en la sentencia *Trojani* (punto 24). Respecto a esta última, sigue considerando como excluidos de la definición de trabajador a aquellos sujetos que realizan actividad a muy pequeña escala, exclusión, por otra parte, inexistente en ordenamientos nacionales como el nuestro.

Es esa aplicación analógica la que lleva a reproducir, sistemáticamente, entre los elementos que han de concurrir para la consideración de trabajador a efectos del Derecho de la Unión, la de que la prestación se lleve a cabo *durante un cierto tiempo*<sup>36</sup>. Se introduce, pues, y no es la única ocasión, requisitos más restrictivos que los existentes en la mayor de parte de los países miembros, si bien no faltan ordenamientos en los que sí existe este requisito<sup>37</sup>. En el ordenamiento jurídico español, la única referencia a la posibilidad de exclusión de los trabajos marginales, no constitutivos de medio fundamental de vida, se encuentra en el art. 7.5 TRLGSS. Si bien,

---

<sup>36</sup> Por citar las más reciente, véanse STJUE 13 febrero 2014, asunto C-596/12, *Comisión Europea c. República Italiana*, puntos 16 y 17, y STJUE 4 diciembre 2014, asunto C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media contra Staat der Nederlanden*, punto 34.

<sup>37</sup> A. SUPIOT (coord.), *op. cit.*, p. 51. Respecto a nuestro ordenamiento jurídico, puede verse I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Los trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad como prestación de servicios no laboral: un repaso a la doctrina judicial reciente*, en *Actualidad Laboral*, 2007, n. 22.

dicha posibilidad no ha sido prácticamente utilizada<sup>38</sup>.

*b) Utilidad económica de la prestación realizada*

Otro de los elementos destacados como de necesaria concurrencia para poder calificar como laboral una prestación de trabajo a tenor de la presente sentencia es la obtención por parte de la empresa de una utilidad económica (punto 32) sin precisar, sin embargo, qué hemos de entender por tal. Por el contrario, sí que mantiene, en línea con una jurisprudencia muy asentada<sup>39</sup>, que es indiferente la productividad más o menos elevada del interesado (punto 34). La concurrencia de esta utilidad y el tratarse de una actividad comprendida normalmente en el mercado de trabajo habrá de ser, como consecuencia de la remisión de esta sentencia, apreciada por la jurisdicción nacional<sup>40</sup>.

En este punto, una de las cuestiones que, entendemos, es necesario destacar consiste en la relación existente entre la utilidad económica de la prestación como elemento de delimitación subjetiva de la prestación de trabajo y la jurisprudencia emanada del TJUE con relación a las empresas sin ánimo de lucro. Asimismo, otro tema relevante será el determinar la posición en la que quedarán aquellos trabajadores que no poseen tal consideración desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales al negarse dicha utilidad económica, en concreto, el voluntariado.

Con respecto a este último supuesto, según se desprende de la jurisprudencia ahora analizada, podrían quedar excluidos de la consideración de trabajadores en aquellos supuestos en los que no se desprenda ninguna utilidad económica en favor de la entidad sin ánimo de lucro, independientemente de las características de dicha prestación.

*c) Otros elementos propios de la definición de trabajador*

La Sentencia ahora comentada no limita su afán de delimitación subjetiva del trabajador a los conceptos anteriormente mencionados, sino que se refiere, aunque sin entrar en su precisión, a algunos de los más tradicionales como son el que el trabajo se desarrolle en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta. Esta fórmula se ha convertido en una suerte de lugar

---

<sup>38</sup> Véase, de manera genérica, M.I. RAMOS QUINTANA, *El ámbito subjetivo del sistema de la Seguridad Social en el nuevo Texto Refundido*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. extra. 4.

<sup>39</sup> Véanse las sentencias *Levin*, cit., punto 16; *Bettray*, cit., puntos 15 y 16; *Kurz*, cit., punto 32; *Trojani*, cit., punto 16.

<sup>40</sup> Véase una crítica a tal remisión en H. VERDELHAN, Z. NENDI, *Arrêt Fenoll*, en *Revue de Droit de l'Union Européenne*, 2015, n. 1, p. 161.

común en multitud de sentencias sin que hayamos podido encontrar ninguna precisión terminológica al respecto. Por el contrario, en ninguna de ellas se va más allá de, simplemente, enumerarlas. Es decir, que serán los órganos jurisdiccionales nacionales los que determinarán el alcance de estos. Con respecto a estos últimos no existe una unidad en los distintos ordenamientos jurídicos a la hora de precisar cuándo concurren tales elementos por lo que el papel delimitador de los ordenamientos nacionales es fundamental. En definitiva, se produce la paradoja de que el TJUE declara con cierto grado de solemnidad que es su competencia el definir el ámbito subjetivo de sus Directivas para, a continuación, dejar en manos de los jueces nacionales su precisión. Es más, se viene a afirmar, que «no se trata de aportar una claridad uniforme sobre una definición concreta sino de la armonización de un concepto transversal del Derecho del Trabajo que otorgará una amplia eficacia y protección en las distintas materias reguladas por el Derecho Europeo»<sup>41</sup>.

Se da, además, la circunstancia de que precisamente los conceptos menos precisados por la jurisprudencia del TJUE son, justamente, aquellos en los que se produce unas mayores divergencias en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros<sup>42</sup>.

#### *d) Concepto de retribución a efectos de la delimitación subjetiva*

Respecto a la retribución, el TJUE vuelve a partir de un concepto amplio de remuneración. Como hemos advertido anteriormente, una de las razones por las que el recurrente fue excluido de la consideración de trabajador fue la de que percibía una retribución que, por estar significativamente por debajo de los mínimos del salario interprofesional, no podía considerarse como salario.

Es indiferente según el Alto Tribunal europeo, a este respecto, el hecho de que esta remuneración pudiera estar muy por debajo del salario mínimo garantizado en Francia, pero sí que la actividad en cuestión posea una utilidad económica (punto 33).

El salario como elemento de necesaria concurrencia para la determinación del ámbito subjetivo del Derecho de la Unión habrá que conjugarse, en muchas ocasiones, con el carácter de la empresa, dada la significación que se le otorga al hecho de que la empresa obtenga una utilidad patrimonial del trabajo asalariado. La combinación de estos dos elementos nos aportará los

---

<sup>41</sup> I. GUTIÉRREZ VELASCO, *El “trabajador europeo” se pone en forma*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 19, p. 4.

<sup>42</sup> A. SUPIOT (coord.), *op. cit.*, p. 52 ss.

requisitos mínimos para poder determinar la extensión de término trabajador al trabajo no lucrativo.

No obstante, desde nuestro punto de vista, la interpretación en sentido amplio del salario a los efectos de la atribución del carácter de trabajador al perceptor de cualquier tipo de contraprestación choca con el otro elemento destacado por la STJUE, esto es, la utilidad económica obtenida por la empresa. En concreto, como hemos adelantado, la cuantía salarial no impide la calificación como trabajador del recurrente toda vez que dicho trabajo genera en la empresa una utilidad patrimonial. Como hemos advertido, la determinación de dicha utilidad corresponderá establecerla a los jueces nacionales. Indicando, eso sí, el TJUE que la misma estará en relación con el carácter del receptor de la prestación de trabajo.

A este respecto, podríamos recordar la jurisprudencia asentada por el TJUE respecto al concepto de prestación de servicios a los efectos de la interpretación de los límites en la aplicación de los arts. 49 y 56 TFUE. En concreto, la sentencia *Jundt*<sup>43</sup> mantiene que el concepto de remuneración contenido en el art. 57 TFUE incluye cualquier tipo de contrapartida, inclusive en aquellos supuestos en los que tal actividad sea realizada a título casi benévolo (punto 35). Siendo indiferente, además, que tal remuneración se perciba en dinero o en especie<sup>44</sup>. Es decir, que el TJUE ha sido mucho más explícito al definir la remuneración percibida en el marco de la prestación de servicios como elemento definidor básico que cuando procede a definir el concepto de trabajador.

#### **4. Utilidad económica y privilegios de las empresas sin ánimo de lucro en la contratación pública: la importancia de la inexistencia de retribución**

Las incertidumbres planteadas vienen a sumarse a la clara tendencia de privilegio detectada en la jurisprudencia comunitaria con relación a la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro. Además, dicha línea jurisprudencial se justifica, precisamente, por el hecho de que las entidades sin ánimo de lucro realicen sus servicios a través de trabajo no remunerado. En concreto, en la sentencia *Consorzio Artigiano*<sup>45</sup> parte de la aplicación de la

---

<sup>43</sup> STJUE 18 diciembre 2007, asunto C-281/06, *Hans-Dieter Jundt y Hedwig Jundt c. Finanzamt Offenburg*.

<sup>44</sup> *Vid.* STJUE 23 febrero 2016, asunto C-179/14, *Comisión Europea c. Hungría*.

<sup>45</sup> STJUE 28 enero 2016, asunto C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros c. Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) y Regione Piemonte*.

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, a los contratos públicos de servicios y de transporte sanitario de urgencia o de extrema urgencia. Esta Directiva se aplicaría al supuesto de hecho planteado de no concurrir ningún otro extremo como es, en el caso que se analiza, el carácter de entidad sin ánimo de lucro de la adjudicataria del servicio.

Asimismo, en el supuesto analizado también concurría el requisito cuantitativo exigido para que los contratos celebrados con la Administración. El TJUE parte del hecho de que un sistema de adjudicación como el analizado supone, en primera instancia, una vulneración de los objetivos de la libre circulación de servicios y representa un obstáculo a una apertura lo más amplia posible de los contratos públicos a una competencia no falseada.

No obstante, el TJUE considera que hay que recordar que el Derecho de la Unión respeta la competencia de los Estados miembros en materia de organización de los sistemas de salud pública y de seguridad social y los principios de universalidad, de solidaridad, de eficacia económica y de adecuación que inspiran el modo de organización de los servicios en el supuesto analizado.

De todo ello, se desprende a juicio del TJUE que, aunque los Estados miembros no pueden restringir de manera injustificada el ejercicio de las libertades fundamentales, aunque se trate de sectores clave, pueden recurrir a organismos privados que no persigan fines de lucro sin ser necesario la convocatoria de ningún tipo de licitación. La única condición para poder cubrir el servicio sin respetar la libre competencia se encuentra en el hecho de que la actividad de las organizaciones sea ejercida por «trabajadores únicamente dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal».

En definitiva, la adjudicación prioritaria a este tipo de organizaciones se justifica sobre la base de dos premisas. En primer lugar, que dicha adjudicación genere un beneficio derivado de las características del prestador del servicio. En segundo lugar, que dicho servicio sea prestado de manera prioritaria por voluntarios: «Así pues, la actividad de las organizaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe velarse por que no se persiga, amparándose en una actividad de voluntariado, ánimo de lucro alguno, ni siquiera indirecto, y para que el voluntario pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las

propias organizaciones»<sup>46</sup>.

## 5. Un nuevo paso en la creación de un concepto autónomo de trabajador comunitario sin deseo de armonización: la sentencia *Betriebsrat*

La falta de un concepto unívoco de trabajador obliga al TJUE a elaborar uno propio, prácticamente, respecto de cada una de las Directivas en las que se refiere a trabajador. La utilización del elemento de la utilidad económica como mecanismo para la calificación jurídica del trabajador tendrá especial significación en aquellos supuestos en los que, expresamente, la normativa de referencia se refiera a la misma. De este modo, dicho elemento se verá reforzado en su delimitación subjetiva. Especial referencia podríamos hacer a este respecto al supuesto de la Directiva 2008/104/CE, en el que expresamente se menciona que solo será de aplicación en relación a aquellas empresas que ejercen una actividad económica (art. 1.2)<sup>47</sup>. Por otra parte, el segundo de los elementos que habrá de ser tenido en consideración es el relativo a los efectos que posee la remisión que en el art. 3.1.a de la misma se realiza a la normativa de los estados miembros, en aquellos supuestos en los que se produzca una exclusión del concepto de trabajador como consecuencia de la de la no consideración como salario de la retribución obtenida por los trabajadores y, como consecuencia de ello, no se les considere tales.

En relación con esta última, la sentencia *Betriebsrat* viene a resolver la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Trabajo alemán respecto a la posibilidad de aplicar la normativa sobre empresas de trabajo temporal a una persona excluida de la consideración de trabajadora por la calificación del vínculo que le une con la empresa (una entidad sin ánimo de lucro). En concreto, la relación entre dicha entidad y sus miembros no se rige por un contrato de trabajo. El fundamento jurídico de la obligación de realizar un trabajo, por el contrario, se basa en su afiliación a la entidad y el compromiso que se deriva de tal afiliación de contribuir a la Hermandad mediante la realización de prestaciones laborales en el marco de una relación de dependencia personal (punto 13). Como puede comprobarse, se trata de un supuesto peculiar de voluntariado. La trabajadora se afilia a la

<sup>46</sup> STJUE 11 diciembre 2014, asunto C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spesizino» y otros c. San Lorenzo Soc. coop. sociale y Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, punto 62.

<sup>47</sup> Vid. S. LAULOM, J.-P. LHERNOULD, *Le détachement des travailleurs intérimaires dans l'Union européenne*, en *Revue de Droit de Travail*, 2012, n. 5, p. 308 ss., y N. MOIZARD, *Les intérimaires dans l'Union européenne: les données du débat*, en *Revue de Droit du Travail*, 2012, n. 4, p. 240 ss.

Hermandad y, como consecuencia de ello, renuncia a la consideración de trabajadora a pesar de que la prestación de trabajo reúna todas las notas tradicionales del trabajo por cuenta ajena, incluida la remuneración periódica. Entre las obligaciones asumidas en este acto de afiliación se encuentra la de ser cedidos a terceros.

El Derecho alemán, por tanto, excluye a estos trabajadores de la aplicación del Derecho del Trabajo alemán. Como puede comprobarse, en este caso el Derecho alemán reconoce una suerte de voluntariado retribuido en el que la naturaleza especial de la relación no se manifiesta como consecuencia de la renuncia al salario sino a otros derechos laborales. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, a pesar de ello, la recurrente podría considerarse trabajadora en virtud del Derecho de la Unión y, en concreto, en el sentido del art. 1.1 de la Directiva anteriormente mencionada. En definitiva, se trata de saber si la inexistencia de contrato de trabajo y su sustitución por un compromiso de voluntariado es causa suficiente para la exclusión de la aplicación de la Directiva 2008/104/CE.

Como se sabe, para aplicar esta Directiva es preciso que concurren dos elementos. En primer lugar, que la persona en cuestión sea un trabajador conforme a la mención de su art. 1 y, en segundo lugar, que la empresa de trabajo temporal que lo ceda a una empresa usuaria ejerza una actividad económica (art. 2).

En lo que se refiere al concepto de trabajador, la propia Directiva aporta, una vez más, su propio concepto de trabajador, pero, en esta ocasión, realizando una remisión al ordenamiento jurídico del Estado miembro en cuestión. En concreto, se precisa que en dicho ordenamiento jurídico esté protegido por la legislación nacional sobre empleo. Es decir, se produce, como advertimos con anterioridad, una remisión a la normativa nacional en el momento de llevar a cabo su delimitación subjetiva. Es por ello por lo que el razonamiento que mantenga el TJUE en su interpretación nos aportará importantes indicios acerca de la verdadera tendencia, detectada en los últimos lustros, de crear un concepto autónomo de trabajador, al menos, con relación a cada una de las utilidades de dicho término en las distintas Directivas.

Al respecto, de nuevo el TJUE parte de que la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución, y, ni la calificación jurídica en Derecho nacional y la forma de dicha relación, ni la naturaleza del vínculo jurídico existente entre esas dos personas, resultan determinantes a este respecto. Además, en el supuesto no se trata simplemente, desde nuestro punto de vista, de extender sin más esta

definición ya utilizada por el propio Tribunal durante más una década sino que, en realidad, se produce un reforzamiento de esta doctrina toda vez que la considera aplicable, incluso, en un caso como el presente en el que la Directiva se remite a la normativa de los Estados miembros: «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 el sentido de la Directiva 2008/104». Todo ello a pesar, como venimos advirtiendo, de que la Directiva contiene una expresa remisión a estos efectos al Derecho de los estados miembros.

Al respecto, continúa el TJUE considerando que la remisión del art. 3.2 de la Directiva significa que el «legislador de la Unión tenía la intención de preservar la competencia de los Estados miembros en lo que concierne a la determinación de las personas que entran dentro del concepto de trabajador en el sentido del Derecho nacional y que han de ser objeto de protección en el marco de su normativa interna, aspecto que la Directiva 2008/104 no aspira a armonizar» (punto 31).

Sin embargo, esta renuncia a la armonización del concepto de trabajador a nivel comunitario no significa una renuncia del legislador de la Unión, continúa el TJUE, a determinar por sí mismo el alcance de este concepto en el sentido de la Directiva. Así pues, a juicio del Alto Tribunal, el legislador de la Unión «no ha confiado a los Estados miembros la tarea de definir unilateralmente dicho concepto, sino que él mismo ha precisado los contornos del art. 3.1 a) de la Directiva, al igual que hizo respecto de la definición de trabajo cedido por una empresa de trabajo temporal en el art. 3.1. c)» (punto 32).

Con el propósito de corroborar esta interpretación, el TJUE continúa citando los objetivos planteados por la Directivas en sus considerandos 10 y 12 en aras a establecer un marco adecuado de protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal que garantice, a su vez, la utilización de este tipo de trabajo para contribuir eficazmente a la creación de empleo. Este objetivo se vería impedido si sólo pudiéramos aplicar tal Directiva cuando los ordenamientos nacionales reconozcan, conforme a sus propios elementos de definición, la consideración de trabajadores a ciertos colectivos de prestadores de trabajo: «tal limitación permitiría a los Estados miembros o a las empresas de trabajo temporal excluir, según su voluntad, a determinadas categoría de personas, de la protección que persigue dicha Directiva y, en particular, de la aplicación del principio de igualdad de trato entre los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal y el personal contrato directamente por la

empresa usuaria consagrado en el art. 5 de la misma Directiva, siendo así que la relación laboral que vincula a estas personas con la empresa de trabajo temporal no se diferencia, en esencia, de la que vincula a los empleados que tienen la condición de trabajador en virtud del Derecho nacional con el empresario para el que trabajan» (punto 37). Se avanza, pues, en el tradicionalmente buscado efecto útil de las Directivas. Cada ordenamiento jurídico nacional podrá tener el concepto de trabajo que desee, pero ese concepto no puede entorpecer o restringir el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario.

A pesar de contundencia de los razonamientos ahora descritos, el TJUE termina remitiéndose a los ordenamientos jurídicos de los estados miembros como instrumentos de verificación de la concurrencia de los requisitos anteriormente analizados. En concreto, manteniendo su tradicional doctrina, entiende que la calificación de la relación por parte de los ordenamientos nacionales es intrascendente, pero termina afirmando que lo realmente determinante es la constatación de que el Estado miembro de que se trate proteja al trabajador como consecuencia de la concurrencia de los requisitos en cuestión: «la Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que abarca a toda persona que realice una prestación laboral, es decir, que lleve a cabo, durante cierto tiempo, a favor de otra 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» (punto 43), extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Por último, el TJUE entra a interpretar de nuevo el concepto de “actividad económica” contenida en el art. 1.2 de la Directiva. En este sentido, retomando parcialmente la jurisprudencia elaborada con anterioridad, se considera que tiene carácter económico cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. Una vez que se constata este objeto es indiferente la forma jurídica que revista la entidad empleadora de los trabajadores, así como el hecho de que la misma carezca de ánimo de lucro.

Sin embargo, esta interpretación plantea dudas sobre la posibilidad de que no posean el carácter de empresa, a los efectos de la aplicación de la normativa europea, aquellas entidades que no ofrezcan ningún tipo de bien o servicio en el mercado, además de no obtener ningún beneficio de la actividad desarrollada. A este respecto, las Conclusiones del Abogado General llevan a cabo, desde nuestro punto de vista, una interpretación más rigurosa de este concepto para lo que se remite a la más reciente jurisprudencia del TJUE sobre libre tránsito de trabajadores.

En concreto, el TJUE en la sentencia *Comisión Europea c. Hungría* pone el acento para la aplicación, en este caso de las disposiciones del TFUE relativas a la libre prestación de servicios, en que la actividad desarrollada por los trabajadores sea objeto de remuneración, independientemente de la obtención de beneficios por parte de la empresa de dicho trabajo remunerado (punto 154). Lo determinante, por el contrario, es la existencia de una remuneración a cambio de una determinada actividad, «aunque se hubiera ejercido a título casi benévolo»<sup>48</sup>.

## 6. Libre tránsito de extranjeros y voluntariado: la Directiva (UE) 2016/801

Las diferentes disposiciones dictadas por la Unión Europea con relación al trabajo prestado en régimen de voluntariado tienen un claro hilo conductor y que no es otro que el de procurar una potenciación de las facetas más rentables del trabajo de voluntariado, olvidando, al mismo tiempo, que el origen de este tipo de instituciones se encuentra, precisamente, en la aportación de un trabajo con fines solidarios<sup>49</sup>.

En concreto, la Directiva (UE) 2016/801 aportó una definición del voluntariado que, de nuevo, conjuga los dos elementos tradicionalmente exigidos. Por un lado, la carencia de ánimo de lucro de la entidad receptora del trabajo y, por otro, que las actividades desarrolladas no sean remuneradas, excepto en forma de reembolso de gastos o dinero de bolsillo o ambos.

Esta Directiva supuso la introducción de importantes modificaciones en la Directiva 2004/114/CE en la materia ahora analizada. En concreto, esta última diferenciaba en su art. 3 entre los nacionales de terceros países que soliciten la admisión en el territorio de un Estado miembro con el fin de cursar estudios y aquellos otros que lo solicitaban para participar, entre otros, en un servicio de voluntariado. En concreto, se debía presentar un convenio firmado con la organización encargada, en el Estado miembro interesado, del programa de voluntariado en el cual participara. En dicho programa se había de describir las tareas a realizar, así como las condiciones marco en que estaría integrado para realizarlas, el horario que tendría que cumplir, etc. A los efectos que aquí interesa, en dicho convenio se especificaría el “dinero de bolsillo” de que dispondrá a lo largo de su

---

<sup>48</sup> Sentencia *Jundt*, punto 34.

<sup>49</sup> En este sentido, puede verse el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el servicio cívico europeo, cit.

estancia (art. 11).

No obstante, en esta Directiva no se recogía una definición de voluntario como sí se hacía, por el contrario, de los demás colectivos destinatarios de esta, esto es, aprendiz, estudiante o alumno. Por el contrario, a la hora de definir este otro colectivo optaba por centrarse en las características del programa en el que se insertaba el voluntario.

Asimismo, la Directiva se autoconfiguraba de manera diversa respecto al grado de obligatoriedad del deber de admisión de los nacionales de terceros países en función del status de los mismos. Así sería de aplicación obligatoria por los Estados en el caso de que se tratara de nacionales de terceros países que solicitaran cursar estudios. Por el contrario, para el resto de los supuestos, la aplicación de la Directiva era puramente potestativa (art. 3.1).

La nueva normativa aprobada en el año 2016 lleva a cabo, por una parte, una importante precisión terminológica y diferencia, por otra, entre los voluntarios que realicen sus actividades en el Servicio Voluntario Europeo y aquéllos que lo hagan en un servicio ajeno al mismo. Respecto de estos últimos, continúa estableciéndose el carácter potestativo de las disposiciones de la Directiva respecto de los Estados miembros, en contra de la propuesta inicial de la Comisión<sup>50</sup>. Solo se altera dicho carácter en el supuesto de que los voluntarios presten sus servicios en el marco de denominado “Servicio Voluntario Europeo”. Sin embargo, el régimen jurídico de éste, así como el estatus legal de los voluntarios de la Unión Europea continúa sin definir<sup>51</sup>.

En cuanto a la cuestión terminológica, la Directiva (UE) 2016/801 define al voluntario como aquel nacional de un país tercero que sea admitido en el territorio de un Estado miembro a fin de participar en un programa de voluntariado. Este programa de voluntariado habrá de reunir los siguientes requisitos: esté constituido por actividades prácticas de carácter solidario; que persigan objetivos de interés general para una causa sin ánimo de lucro; y, por último, que las actividades realizadas no tengan carácter remunerado, excepto en forma de reembolso de gastos o de dinero de bolsillo o ambos

---

<sup>50</sup> Vid. E. ROJO TORRECILLA, *Nota sobre la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair. Texto comparado con las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE*, en [www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es), 22 mayo 2016.

<sup>51</sup> A este respecto, puede verse la [Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de octubre de 2016, sobre el Servicio Voluntario Europeo y el fomento del voluntariado en Europa \(2016/2872\(RSP\)\)](#), donde se mencionan todos estos déficits, así como a la necesidad de facilitar el acceso de ciudadanos de terceros países que deseen ejercer como voluntarios en Europa.

(art. 3.7). Es decir, nos encontramos, de nuevo ante un supuesto de delimitación subjetivo del ámbito de aplicación de una Directiva sobre la base de la retribución, obviando, pues, los restantes elementos de delimitación expuestos más arriba.

El TJUE tuvo ocasión de pronunciarse respecto al carácter potestativo del articulado de la Directiva respecto de los voluntarios en la sentencia *Ben Alaya*<sup>52</sup>. Según esta resolución, hay que destacar la voluntad de la Directiva de convertir las disposiciones relativas a los servicios de voluntariado como puramente discrecionales. Es por ello que, según este Tribunal, el deseo de llevar a cabo una aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en cuanto a condiciones de entrada y residencia se circunscribe, en exclusiva, al ámbito de los estudiantes (punto 29). Jurisprudencia plenamente aplicable tras la aprobación de la reciente Directiva respecto de los voluntarios que no se inserten en un programa del Servicio voluntario europeo.

La necesidad de realizar una delimitación clara entre voluntario y trabajador se ha visto reforzada en la propia Directiva (UE) 2016/801 al establecer en su art. 22.3 que las personas en prácticas, los voluntarios y au pairs, cuando se considere que han establecido una relación laboral en el Estado miembro de que se trate, y los estudiantes tendrán derecho a recibir un trato igual al dispensado a los nacionales del Estado miembro de que se trate según lo dispuesto en el art. 12, §§ 1 y 4, de la Directiva 2011/98/UE, bajo las restricciones contempladas en el § 2 de dicho artículo. De esta manera, se daba acomodo a la jurisprudencia emanada del TJUE en virtud de la cual habría de anteponer, también respecto a los voluntarios, el trabajo realmente realizado y no el nomen iuris empleado<sup>53</sup>.

## 7. Conclusiones

A pesar de los avances experimentados en la jurisprudencia del TJUE en aras a la determinación de un concepto unitario de trabajador, un examen de las sentencias más recientes sigue arrojando un déficit importante en este sentido. A esta misma conclusión se ha de llegar si centramos dicho análisis en la retribución como elemento determinante del concepto de trabajador. Respecto a este elemento, la concurrencia de una remuneración no es suficiente a efectos de tal delimitación, sino que, como ocurre en los

---

<sup>52</sup> STJUE 10 septiembre 2014, asunto C-491/13, *Mohamed Ali Ben Alaya c. Bundesrepublik Deutschland*.

<sup>53</sup> En este sentido, véase la STJUE 24 enero 2008, asunto C-294/06, *The Queen, a instancia de Ezgi Payir, Burhan Akşuz y Birol Oztürk c. Secretary of State for the Home Department*.

ordenamientos jurídicos nacionales, se requiere la concurrencia de los tradicionales elementos de ajenidad o dependencia. No obstante, las constantes remisiones a lo establecido por los Estados miembros dificultan la vocación del TJUE a la hora de aportar unos conceptos autónomos. En concreto, habría de recordarse cómo el TJUE en su sentencia de 17 de noviembre de 2016, tras exigir la concurrencia de los tradicionales caracteres (ajenidad, dependencia, retribución), plantea, como requisito adicional, que los trabajadores que presten sus servicios en el marco de un contrato de asociación hayan de estar protegidos por el Estado miembro en igualdad de condiciones a las del resto de trabajadores (punto 42). Es decir, dependerá, en última instancia, de la normativa de nacional correspondiente su consideración de trabajador a efectos de la aplicación de la correspondiente Directiva. Todo ello, como consecuencia del apego a la remisión contenida en la Directiva interpretada, al contrario de lo que había sido mantenido por el Abogado General en sus conclusiones.

Asimismo, se aprecia una concepción más restrictiva de lo que es habitual en los ordenamientos nacionales como consecuencia de las siguientes cuestiones:

- a. se utiliza un concepto de ajenidad relacionado con la utilidad económica obtenida por la empresa. Como se sabe, la relación entre ambos conceptos no es la predominante en el contexto nacional ni comparado<sup>54</sup>;
- b. como consecuencia de la trascendencia de la utilidad económica como elemento definitorio junto a la remuneración, nos encontramos con la posibilidad de que, en ciertos supuestos, el carácter de las organizaciones receptoras del trabajo pueda ser trascendente a la hora de aportar una definición de trabajador y no sólo por la concurrencia de elementos estrictamente laborales;
- c. en el análisis de la más reciente jurisprudencia se aprecia, por último, la utilización de un concepto de remuneración más restrictivo que el que venía siendo manejado por el propio TJUE en relación con la libre prestación de servicios.

Respecto de los voluntarios, la nueva normativa aprobada en el año 2016 incluyó a este colectivo junto a los becarios, *au pair*, investigadores, etc. Además, la equiparación de los voluntarios inscritos en el Servicio voluntario europeo – aun no definidos normativamente – es absoluta.

---

<sup>54</sup> Más ampliamente, pueden verse J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, M.M. RUIZ CASTILLO, *Nuevas modalidades de prestación de trabajo. El trabajo realizado en el marco del voluntariado*, en *Justicia Laboral*, 2003, n. 14; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, M.M. RUIZ CASTILLO, *El trabajo no retribuido*, en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *Trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Aranzadi, 2007.

Desde nuestro punto de vista, dicha equiparación incrementa la tendencia de la Unión a considerar a este colectivo desde el punto de vista de su rentabilidad económica, de ahí la diferencia de trato entre los voluntarios en general y aquellos que prestan sus servicios en favor de la Unión. De hecho, así es resaltado contundentemente en la Exposición de Motivos. En concreto, se mencionada la necesidad, cubierta por esta Directiva, de atraer capital humano altamente cualificado. En la misma línea, pues, que la iniciada por la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, con relación al trabajo por cuenta ajena. Estos objetivos son los resaltados en las Conclusiones del Abogado General Szpunar de 29 de noviembre de 2016, en la sentencia *Fabimian*<sup>55</sup>, como elementos de interpretación de la anterior Directiva a pesar de que, *ratione temporis*, no es de aplicación al supuesto de hecho resuelto (punto 34 ss.).

## 8. Bibliografía

ALONSO OLEA M. (1999), *Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad*, en AA.VV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos

EFE (2012), [Los eurodiputados piden que se cuente el voluntariado como experiencia laboral](#), en [www.elmundo.es](#), 12 junio

ESCRIBANO GUTIÉRREZ J., RUIZ CASTILLO M.M. (2007), *El trabajo no retribuido*, en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *Trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Aranzadi

ESCRIBANO GUTIÉRREZ J., RUIZ CASTILLO M.M. (2003), *Nuevas modalidades de prestación de trabajo. El trabajo realizado en el marco del voluntariado*, en *Justicia Laboral*, n. 14, pp. 13-34

ESTEBAN LEGARRETA R. (2017), *El voluntariado corporativo en el marco de la responsabilidad social empresarial. Nuevas cuestiones sobre las fronteras entre la actividad voluntaria y el contrato de trabajo*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 1, pp. 29-46

GALA DURÁN C. (2009), *La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España*, en *Temas Laborales*, n. 102, pp. 13-49

GARCÍA MURCIA J. (2016), [La garantía del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo](#), n. 2, pp. 1-32

---

<sup>55</sup> En la STJUE 4 abril 2017, asunto C-544/15, *Sahar Fabimian c. Bundesrepublik Deutschland*.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., MERCADER UGUINA J.R. (2002), *La progresiva extensión del “trabajo cívico” y otros pronunciamientos jurisprudenciales de interés*, en *Justicia Laboral*, n. 9
- GUTIÉRREZ VELASCO I. (2016), *El “trabajador europeo” se pone en forma*, en *Trabajo y Derecho*, n. 19, pp. 68-74
- LAULOM S., LHERNOULD J.-P. (2012), *Le détachement des travailleurs intérimaires dans l’Union européenne*, en *Revue de Droit de Travail*, n. 5, pp. 308-322
- MANRIQUE LÓPEZ V.F., ARRIETA IDIAKEZ F.J. (2014), *Régimen jurídico de la prestación de servicios en las organizaciones sin ánimo de lucro de la Comunidad Autónoma de Euskadi*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 164, pp. 143-174
- MARTÍNEZ MARTÍN M.I., GONZÁLEZ GAGO E. (2001), *Coexistencia de voluntariado y trabajo asalariado en las ONG de Acción Social*, en *Documentación Social*, n. 122, pp. 85-104
- MOIZARD N. (2012), *Les intérimaires dans l’Union européenne: les donnés du débat*, en *Revue de Droit du Travail*, n. 4, pp. 240-246
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C. (2002), *El ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación de trabajadores (El concepto de trabajador en el Derecho comunitario europeo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia)*, en AA.VV., *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, Consejo General del Poder Judicial
- RAMOS QUINTANA M.I. (2016), *El ámbito subjetivo del sistema de la Seguridad Social en el nuevo Texto Refundido*, en *Trabajo y Derecho*, n. extra. 4
- RIFKIN J. (1997), *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paidós
- RODRÍGUEZ CARDO I.A. (2007), *Los trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad como prestación de servicios no laboral: un repaso a la doctrina judicial reciente*, en *Actualidad Laboral*, n. 22, pp. 2672-2691
- ROJO TORRECILLA E. (2016), [Nota sobre la Directiva \(UE\) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair. Texto comparado con las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE](http://www.eduardorojotorrecilla.es), en [www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es), 22 mayo
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO C. (2002), *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 37, pp. 37-60
- SERRANO ARGÜELLO N. (2016), *El voluntariado corporativo y la Ley 45/2015 de voluntariado*, en *Diario La Ley*, n. 879

SERRANO GARCÍA J.M. (2014), *El voluntariado: de fórmula de participación a instrumento para el empleo*, en *Temas Laborales*, n. 126, pp. 131-166

SUPIOT A. (coord.) (1999), *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch

SUSÍN BELTRÁN R. (2001), *Algunas cuestiones para comprender la institucionalización jurídica del voluntariado*, en *Documentación Social*, n. 122, pp. 251-270

VALDÉS DAL-RÉ F. (2012), *El trabajo prestado en el marco del voluntariado social (II)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 12, pp. 1-8

VALDÉS DAL-RÉ F. (2012), *El trabajo prestado en el marco del voluntariado social (I)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 10, pp. 1-7

VALDÉS DAL-RÉ F. (2011), *El trabajo altruista y gratuito: un intento de reconstrucción dogmática*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 1, pp. 145-153

VERDELHAN H., NENDI Z. (2015), *Arrêt Fenoll*, en *Revue de Droit de l'Union Européenne*, n. 1, p. 157-163

### *Normativa Europea*

[Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de octubre de 2016, sobre el Servicio Voluntario Europeo y el fomento del voluntariado en Europa \(2016/2872\(RSP\)\)](#)



**ADAPT** es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternacional.it](mailto:redaccion@adaptinternacional.it)