

MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO
y BRAVO FERRER (*)

Libre circulación de los trabajadores y Seguridad Social de los trabajadores migrantes en Comunidades Europeas

1. INTRODUCCION: LA POLITICA SOCIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

El objetivo de la Política Social es tratar de mejorar el bienestar del ciudadano, tanto en su trabajo como fuera del mismo. Ello afecta desde luego a cuestiones tales como las posibilidades de encontrar trabajo, la seguridad y la satisfacción en el propio trabajo, la participación en las decisiones, pero también es afectada por cuestiones tales como la vivienda, la educación y los servicios culturales, la salud y la seguridad social así como la asistencia a los sectores de población más desfavorecidos. Se ha dicho que la Política Social se interesa por el "rostro humano" de la sociedad, y vela porque los objetivos económicos — mayor prosperidad gracias al crecimiento económico — se traduzcan para todos en una mejora de la calidad de la vida.

El interés de las Comunidades por la Política Social es relativamente reciente, hasta hace poco los objetivos económicos eran los prioritarios y se partía del supuesto de que el crecimiento económico traería consigo de forma automática beneficios sociales. Sólo recientemente se ha acentuado la necesidad de un nuevo enfoque de los objetivos sociales a través de una más estrecha coordinación de las políticas sociales de los estados miembros.

Los Tratados que instituyen las Comunidades tienen un contenido sobre todo económico, aunque no faltan algunas preocupaciones sociales. Sin embargo, en particular para el Tratado de Roma, lo que cabría llamar la

(*) Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

base social (arts. 117 a 128) es demasiado sucinta, en especial si se compara con las disposiciones que se refieren a la unión aduanera, a la política agraria común o a la política de transportes. Esas disposiciones lo que trataban básicamente era impedir distorsiones económicas de origen social, es decir impedir las distorsiones de competencia que se producirían en el Mercado Común del trabajo en caso de que los estados miembros conservaran regímenes sociales distintos. La equivalencia de los regímenes de vacaciones (art. 120), la igualdad de salario hombre y mujer (art. 119), un tema tan específico como la remuneración de las horas extraordinarias (protocolo anexo), la higiene y seguridad en el trabajo (art. 118), etc. reflejaban la preocupación de obtener una suficiente armonización de las legislaciones sociales del conjunto de la Comunidad con objeto de que no se viera favorecida la industria de un país en detrimento de la de su vecino, como sucedería en caso de tomarse medidas nacionales divergentes entre sí. Es en esa misma óptica que se basan las normas del Tratado que regulan la libre circulación de los trabajadores (artículos 48-51). Las medidas relativas a la coordinación de las medidas sociales aplicables a los trabajadores emigrantes y a sus familias, y la supresión de toda discriminación basada en la nacionalidad se ha fundado tanto en la necesidad de crear un Mercado Común del trabajo como en el deseo de mejorar la suerte de los trabajadores emigrantes.

Incluso la previsión de la constitución del Fondo Social en el Tratado de Roma "cuya misión será promover las posibilidades de empleo de los trabajadores en el Mercado Común, contribuyendo de tal modo al aumento del nivel de vida" no era tanto un instrumento de mejora sociales como un medio de incrementar la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores.

El propio Tratado de la CEEA que parece dedicar mayor atención a "la mejora de las condiciones de vida y trabajo de la mano de obra" está preocupado sobre todo por las reconversiones industriales y por la reducción de personal en el sector, facilitándole a los trabajadores el pase a otros sectores. Como ha dicho una publicación de la propia Comunidad" se tiene que reconocer que durante los años cincuenta y sesenta la política social era todavía el "pariente pobre" de las políticas comunes de la Comunidad".

Al final de la década de los sesenta estaba muy claro que el mero crecimiento económico no había resuelto todos los problemas sociales de la Comunidad, sino, al contrario había creado otros nuevos. Es cierto que la prosperidad económica había permitido que la inmensa mayoría de los ciudadanos de la Comunidad no se hallasen en la miseria y se elevase muy considerablemente el nivel de bienestar material. Pero el salto adelante era

muy desigual, desigualdad respecto a ciertos sectores y regiones, respecto a sectores marginados, y muy particular respecto a los trabajadores emigrantes. Junto a la desigualdad creciente se iban multiplicando nuevos problemas, deterioro del medio ambiente, paro estructural, etc. Los desequilibrios provocados por un desarrollo económico no controlado, el hecho de que sean muchos quienes no se han beneficiado de la prosperidad de la Comunidad, así como el haber tomado conciencia de la contradicción cada vez más clara entre el desarrollo industrial y el progreso social, todo ello hizo que los gobiernos comprendieran la necesidad de actuar en el ámbito social. Se hacía necesario, en efecto, que se distribuyesen justamente entre todas las categorías de la sociedad los beneficios sociales obtenidos gracias al funcionamiento y al desarrollo del Mercado Común.

Ya en los primeros años setenta se comenzó a ver un nuevo enfoque en los temas sociales. Sin entrar en el análisis, de la reforma del Fondo Social, que manifestaba el creciente interés por las realizaciones sociales de la Comunidad y la voluntad de llevar a cabo una política social más activa en el seno de esta, el nuevo enfoque tiene origen en las conclusiones de la conferencia en la cumbre de La Haya en diciembre de 1969, en la que se preconizó una más estrecha coordinación de las políticas sociales, una estrecha concentración de estas mediante un programa de acción coherente, recomendándose incluso la institución de un presupuesto social europeo. Fruto de esa reunión fue el documento dirigido por la Comisión en marzo de 1971 al Consejo de Ministros, al Parlamento Europeo, etc. que lleva por título "Orientaciones preliminares para un programa de política social comunitaria". El punto de partida era en este documento el que si la Comunidad se dirigía hacia una unión económica y monetaria, era necesario un replanteamiento de la política social, complemento indispensable en la vía de la integración económica. La Comisión precisaba objetivos sociales que estimaba fundamentales: un mejor empleo, una mayor justicia social y una mejor calidad de la vida. La consecución de estos objetivos tan ambiciosos requería la elección de unas acciones prioritarias. Poco antes de la ampliación de la Comunidad, en la cumbre de París de 1972, los estados miembros afirmaron la necesidad de emprender una acción más vigorosa en materia social, para darle a la Comunidad su rostro humano. En la declaración de principios que se aprobó se decía que la expansión económica no es un fin en sí sino que debe traducirse en una mejora de la calidad como del nivel de vida. En el comunicado final se recalca que una acción vigorosa en el campo social tiene la misma importancia que la realización de una unión económica comunitaria y para ello se recomendaba que se estableciera antes de final del año siguiente un programa de acción social consistente en medidas concretas en el terreno social, dotado de los medio adecuados. "Este programa tendrá que aspirar sobre todo a realizar una

política coordinada en materia de empleo y de formación profesional, a mejorar las condiciones de vida y de trabajo, a velar por que los trabajadores puedan colaborar en los organismos de las empresas, a facilitar, basándose en la situación de los diversos países, la conclusión de convenios colectivos europeos en los ámbitos que corresponda, y a reforzar y coordinar las acciones en favor de la protección de los consumidores”.

A consecuencia de este mandato el Consejo aprobó en 1974 una resolución sobre el Programa de Acción Social. El programa incluía como objetivos la realización del pleno y mejor empleo. La mejora de las condiciones de vida y del trabajo, y la participación creciente de las partes sociales en las decisiones comunitarias, así como la de los trabajadores en la gestión de empresa. También se reconoció, lo que es muy importante, la necesidad de tener presente los objetivos sociales en el momento de definir las políticas comunitarias. En el preambulo se declaraba que “la política social de la Comunidad ha de cumplir una función propia y aportar una contribución esencial a la realización de los objetivos anteriormente citados, estableciendo para ello medidas comunitarias o determinando comunitariamente objetivos propios a las políticas sociales nacionales, sin tratar por ello de solucionar uniformemente todos los problemas sociales, ni de transferir al nivel comunitario responsabilidades más eficazmente asumidas a otros niveles”. Es decir los estados miembros sólo recurrirían a una acción comunitaria en materia social sólo si este fuera el mejor medio para la consecución de los objetivos sociales. Sin embargo ya se diseñaba una serie de propuestas prioritarias que afectaban a temas como la acción en favor de los trabajadores emigrantes, la formación profesional, la seguridad del trabajo, la reducción del tiempo de trabajo, la igualdad de trato hombre y mujer y la elaboración de iniciativas encaminadas a armonizar las legislaciones de los estados miembros y proteger la situación de los trabajadores en los despidos colectivos, las fusiones de empresas y las situaciones de insolvencia.

Este cambio que puede decirse radical de las Comunidades en una firme preocupación por objetivos sociales se acentuará a partir de 1974 a consecuencia de la crisis económica y sus consecuencias negativas en la situación social comunitaria, y el cambio va a ser favorecido además por la ampliación de las comunidades. Desde 1975 se está de acuerdo en la necesidad de construir en Europa un conjunto económico y social integrado lo que supone de algún modo superar la idea originaria del carácter nacional interno de los problemas de la política social. En suma se está abriendo paso en estos días la necesidad de construir también una Europa Social, se trata de una evolución solo iniciada pero que deberá dar en el próximo futuro pasos importantes.

Dado el tratamiento marginal de los temas de política social en el Tratado de Roma, se han tenido que buscar instrumentos jurídicos para hacer posible la realización de esa política social. Por de pronto el art. 117,2 ha sido sometido a una nueva lectura según la cual es posible una intervención comunitaria no sólo para evitar distorsiones en el funcionamiento del Mercado Común por las diferencias de condiciones de vida y trabajo en los distintos Estados Comunitarios, sino también para evitar una disminución o reducción de los niveles actuales. Además se ha considerado que ciertas medidas de política social a nivel comunitario resultarían implícitas del propio Tratado, y otras podrían fundamentarse ya sea en el art. 100, ya en el propio art. 235 del citado Tratado.

De este modo junto a las medidas comunitarias que inciden sobre la circulación de trabajadores, y en las que la competencia comunitaria viene claramente definida en el Tratado, se van configurando en la década de los 70 una serie de medidas que afectan tanto a la problemática del empleo, como a la armonización de las condiciones de vida y de trabajo. Nuestra futura entrada en el Mercado Común habrá de significar sin duda el afectarnos esas medidas y las nuevas políticas sociales de la Comunidad, algunas de las cuales además pueden tener especial relevancia para el caso andaluz.

Para facilitar la claridad expositiva se ha estimado conveniente distinguir en tres apartados diferentes los temas de la libre circulación de trabajadores (incluida la seguridad social de los trabajadores migrantes); la política de empleo; y la armonización de las condiciones de vida y del trabajo. Todas ellas sin embargo tienen como nota común su incidencia directa en el mundo del trabajo.

2. EL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACION DE TRABAJADORES.

Como es sabido los creadores de la C.E.E. en 1958 habían puesto el acento en la reconstrucción económica europea, y habían tratado de lograr un "desarrollo armonioso de las actividades económicas, una expansión continua y equilibrada", lo que traería consigo el aumento del nivel de vida. Los objetivos prioritarios eran así económicos, y el instrumento básico para ello era la creación de un mercado común "económico". Pero dentro de ese mercado común económico la libertad de circulación aparecía como indispensable, y dentro de esa libertad de circulación, la libre circulación de personas, que aparece como objetivo específico en el art. 2 del Tratado CEE. Su propio art. 3,c) establece que: "a los fines enunciados en el artículo

precedente" la acción de la Comunidad Europea supone la abolición entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas, de servicios y de capitales.

En una Europa económica, la libre circulación de personas significa libre circulación de trabajadores, la cual debe situarse así en el mismo plano que la eliminación de las trabas aduaneras y fiscales al intercambio de mercancía y a la supresión de todas las barreras nacionales en materia de competencia. Es decir, la libre circulación aparece como uno de los principios básicos, uno de los "fundamentos" de la Comunidad, como la Corte ha afirmado reiteradamente (1), y, desde la perspectiva del individuo, se convierte en un "derecho fundamental", para el trabajador la movilidad de la mano de obra es uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo y de facilitarle su promoción social aun contribuyendo a la satisfacción de las necesidades económicas de los Estados miembros.

La definición y alcance específico del principio de libertad de circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad, que se contrapone a las tradicionales limitaciones, sobre todo a la entrada de trabajadores extranjeros para protección de la mano de obra nacional, se contiene en el art. 48 del Tratado, disposición que, según jurisprudencia reiterada, es directamente aplicable dentro de los Estados miembros (2) de forma que crea derechos subjetivos directos en el "patrimonio" de los particulares (3). El derecho comunitario derivado ha intervenido complementariamente. No obstante para especificar, clarificar y garantizar más efectivamente este principio de la libre circulación de trabajadores que, por su extensión y por su conexión con otros derechos (como el de libre establecimiento y de libre prestación de servicios) han permitido hablar de un principio general de libre circulación unitario en su estructura, general en su aplicación, y que, pese el carácter económico que lo inspira, amplía considerablemente la esfera de los derechos individuales de los ciudadanos comunitarios.

(1) Vid. Decisión Unger, 75/63 de 19-3-74, Rec. 1964, pág. 349, y Conclusiones A. general Lagrange, pág. 369.

(2) Comisión v. Francia 167/73 de 4-4-74, Rec. 1974, pág. 359, entre muchas otras. Según la Corte dicho artículo crea derechos subjetivos directos en el "patrimonio" de los particulares, así en Van Duyn, 41/74 de 4-12-74, Rec. 1974, pág. 1347.

(3) G.COHEN JONATHAN, *La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme*, R.M.C. pág. 77.

La definición más precisa de la libertad de circulación de trabajadores se contiene en el art. 1 del Reglamento 1612/68, de 15 de octubre, cuyo art. 1º establece que "todo ciudadano de un Estado miembro, sea cual sea su residencia, tiene el derecho de acceder a una actividad asalariada y de ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de acuerdo con las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas que rigen el empleo de los trabajadores nacionales en este Estado". En esta definición, precisa Gomis, se encuentran los límites y alcance de la libre circulación: "en razón de la persona se trata de súbditos de un Estado miembro... Se refiere a trabajadores comunitarios y no a los de terceros países... En razón de la materia, se trata de aquellos que ejercen una actividad asalariada, puesto que de otra forma nos encontramos con el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios... Por último, en razón del territorio, la libertad de circulación se establece entre los Estados miembros" (4).

3. REALIZACION PROGRESIVA

En realidad este libre acceso a los empleos, rompiendo las barreras fronterizas nacionales para los trabajadores, es la innovación más radical del Derecho comunitario respecto al fenómeno migratorio. Como recuerda Seché, en el momento en que los Tratados se establecieron existían movimientos migratorios de diverso grado, "pero la garantía de un genuino derecho a la libertad de movimiento hubiera parecido muy sorprendente" (5). Precisamente por ello la introducción de esta regla se previó como paulatina en el art. 48,1 del Tratado (6).

La aplicación paulatina de la libre circulación se dió en tres etapas: en la primera, en la que se aplicó el reglamento nº 15 y la directriz nº 57 del Consejo, ambas de 16 de agosto de 1961, se mantuvo la prioridad del mercado nacional de empleo, se suprimía la contingentación de los trabajadores, pero subsistía la carta de trabajo, y reconocía plenamente la igualdad de trato con los nacionales, lo que era lógico pues ello resultaba

(4) *Aspectos sociales de la integración de España en las Comunidades Europeas*, Madrid 1979, pág. 79.

(5) *Free Movements of Workers under Community Law*, Com. Mark. L.R., 1977, pág. 386.

(6) "La libre circulación de los trabajadores será asegurada en el interior de la Comunidad lo más tarde al expirar el período de transición". Un análisis detenido de las diversas etapas de realización de la libertad de circulación de trabajadores en, RIBAS, JONCZY, SECHE, *Derecho Social Europeo*, Madrid 1969, págs. 117 y ss.

directamente del contenido del Tratado (7), Por otro lado se excluía del reglamento a los fronterizos y el trabajo temporal. La segunda etapa estuvo regulada por el reglamento 38/64 y la directriz 68/240, ambas del 25 de marzo de 1964. Con esta nueva normativa, según Lyon-Caen, se ha querido abolir toda traza de discriminación, "liberar los movimientos de mano de obra a la vez que para los trabajadores permanentes, los fronterizos y los por temporada, y se ha querido facilitar también la introducción de la familia del trabajador" (8). El reglamento n° 38 estableció el llamado principio de la prioridad del Mercado Europeo de trabajo, suprimiéndose la prioridad hasta entonces subsistente, aunque con límite temporal, para el Mercado de Trabajo Nacional, tan sólo se requería que existiera vacante (9). Sin embargo, se contenía aún una limitación "ad cautelam", la llamada cláusula de salvaguardia, auténtico derecho de suspensión reconocido a los Estados miembros, para los casos en que existiera excedencia de mano de obra en ciertas regiones o profesiones, la puesta en práctica de estas cláusulas estaba, sin embargo, sometida a rigurosos requisitos formales y a unos específicos límites (10).

La última etapa de la definitiva aplicación del principio de libre circulación, es la que se establece a través del reglamento 1612/68 y la directriz 360/68, ambos del 15 de octubre de 1968. Este reglamento no sólo garantiza la realización completa e íntegra de la libre circulación, sino que crea los instrumentos administrativos imprescindibles para su efectiva puesta en práctica. La dualidad de instrumentos normativos para poner en marcha la libertad de circulación presupone un reparto de papeles, que ya va siendo tradicional: "el desplazamiento y la estancia dan lugar a simples directivas; el empleo y las condiciones de trabajo a reglamentos" (11).

Sin perjuicio de lo que se dirá luego sobre igualdad de trato y de los problemas específicos de la seguridad social, el régimen actual de la libre circulación de trabajadores no hace otra cosa que poner en marcha la

(7) Cfr. PALCHI, I principi fondamentali della circolazione dei lavoratori, Riv. It. Prev. Soc. 1961, págs. 153 y ss.; RIBAS, *La politique sociales*, cit., pág. 119.

(8) *Droit Social International et Européen*, cit., pág. 202.

(9) Cfrs. CASAS ALVAREZ, *La libre circulación de trabajadores en la C.E.E.*, Madrid 1976, pág. 10.

(10) RIBAS, JONCZY, SECHE, *Tratado*, cit., págs. 42 y ss.

(11) LYON—CAEN, op. cit., pág. 106. Cfr. MAESTRIPIERI, *La libre circulation des personnes et des services dans la C.E.E.*, Bruselas, Uga 1971.

previsión establecida en el art. 48,3 del Tratado, de responder a empleos efectivamente ofrecidos, desplazarse libremente a tal efecto por el territorio de los Estados miembros, residir en uno de los Estados miembros a fin de ejercer allí un empleo, y de permanecer en ese territorio después de haber ocupado un empleo. Precisamente para garantizar estos derechos, el art. 49 reconocía una competencia del Consejo para establecer por vía de directivas o reglamentos la colaboración entre las Administraciones nacionales de trabajo, liberar los movimientos de trabajadores y establecer los mecanismos para poner en contacto las ofertas y demandas de empleo. El contenido pues del derecho de libre circulación afecta al desplazamiento, a la permanencia, al acceso al empleo en igualdad de condiciones que los ciudadanos nacionales. La normativa reglamentaria y las directivas, en buena parte no son sino medidas destinadas a facilitar el ejercicio de tal derecho (12).

4. LA LIBRE CIRCULACION EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.

Es lógico que la jurisprudencia comunitaria al hacer de la libre circulación, y de la abolición de obstáculos para la libre circulación de los trabajadores, un elemento fundamental del orden jurídico comunitario, haya tendido a interpretar de una manera extensiva el alcance del principio de la libertad de circulación, y haya interpretado muy restrictivamente las derogaciones establecidas a este principio por el Tratado, que son respectivamente, "razones de orden público, de seguridad pública y de sanidad pública" (art. 48,3) y empleos en la Administración pública (art. 48,4).

Debe tenerse en cuenta que la regla de principio es la equiparación con los trabajadores nacionales; de ahí que el trabajador migrante de los países miembros tenga que someterse a los mismos requisitos, exigencias e incluso límites que los trabajadores nacionales.

Respecto a estas exigencias y límites, y no tanto a título de curiosidad sino para comprobar la lógica en la que se mueve la jurisprudencia, deben indicarse como significativas las siguientes decisiones:

— en el asunto Saunders se trataba de una reclamación de una ciudadana británica, que por una decisión penal fue confinada a Irlanda del Norte, y alegó la normativa de libre circulación contenida en el art. 48 del Tratado como contraria a esa medida. Aunque en la decisión de la Corte se

(12) Un examen detenido de la regulación actual en CASAS ALVAREZ, *La libre circulación de trabajadores en la C.E.E.* cit.; GOMIS, *Aspectos sociales de la integración de España en las Comunidades Europeas*, cit., págs. 45 y ss. y RIBAS, JONCZY, SECHE, *Tratado*, cit., págs. 52-103.

decidió que dada la nacionalidad de la afectada era un asunto de derecho interno extraño al derecho comunitario, a través de los fundamentos de la decisión, y a través de las clarificadoras conclusiones del abogado general Wagner, es que el art. 48 lo que prohíbe es una discriminación fundada en la nacionalidad, pero permite a un Estado miembro el limitar la circulación de trabajadores en su territorio por cualquier otro motivo, y claro está respecto a toda persona, sea cual sea su nacionalidad. Con ello se confirma la doctrina sentada ya en el asunto Rutili (14), en el que se afirmó que las medidas restrictivas a la permanencia en una parte del territorio nacional sólo pueden pronunciarse frente al ciudadano de un Estado miembro "en los casos y condiciones en las que tales medidas podían aplicarse a los nacionales del Estado en cuestión".

— el derecho de entrada y de permanencia, sobre todo a través de la revisión severa y restrictiva de sus límites por razones de orden público, ha sido reconocido por la jurisprudencia comunitaria como un derecho personal propio "directamente conferido" del Tratado y del Derecho derivado. Ha sido sobre todo el asunto Royer donde se ha formulado nítidamente esta idea, declarándose como simples infracciones la falta de cumplimiento de requisitos administrativos, y el carácter meramente declarativo del permiso (15). Como ha subrayado Lyon-Caen, la consideración como derecho directo de la estancia da una nueva perspectiva al tema, de forma que la reserva de orden público "debe entenderse no como una condición previa establecida para la adquisición del derecho de entrada y permanencia, sino como una excepción. El poder de policía de los Estados miembros debe, pues, desde ahora, tener en cuenta un derecho subjetivo que cada ciudadano de un Estado miembro obtiene del derecho comunitario" (16).

— en lo que se refiere a las *exigencias nacionales* para ejercer determinados trabajos, la tendencia de principio de la jurisprudencia es la plena equiparación con los nacionales, y por ello la necesidad de

(14) 36/75 de 28-10-75, Rec. 1975, pág. 1236. Cfr. LELEUX, *Recent decisions of the Court of Justice in the field of free movement of persons and free supply of services, European Law and the Individual*, N.H.P.C. 1976 y FREISIA, *La libre circulation des personnes et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la C.J.C.E.*, RMC 1975, pág. 550. Esta decisión ha sido especialmente trascendente por suponer un paso importante en la aplicación de la doctrina de los derechos humanos protegidos por la convención europea, por la propia jurisprudencia comunitaria, vid. SIMON, *Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes*, R.M.C. 1976, págs. 201 y ss.; COHEN, *La Cour des Communautés Européennes et les droits de l'homme*, cit., pág. 350.

(15) 48/75, 8-4-76, Rec. 1976, pág. 497, Decisión Sagulo, 8/77, Rec. 1977, pág. 1473.

(16) Loc. cit., pág. 232. Sobre el tema vid. también CASSAN, *Chronique de la jurisprudence sociales de la CJCE*, RMC, 1978, págs. 198 y ss.

cumplimiento de los mismos requisitos. Es decir, de la libertad de circulación no deriva necesariamente la equiparación de titulaciones, diplomas y capacitaciones. Existen, sin embargo, una tendencia hacia la armonización de las titulaciones y al reconocimiento mutuo de diplomas, como se ha hecho, entre otros, en el caso de los médicos, y para una serie variada de actividades (17). En tal caso el problema no existe en principio, cuando tal armonización no se ha establecido la postura de la jurisprudencia vela sólo por evitar que se trate de una violación indirecta de la libre circulación de personas si la exigencia no parece razonable. Ha estimado razonable la exigencia al ciudadano de otro país de un permiso de conducción nacional (18), y en el reciente asunto Auer afirma que en tanto no exista directiva específica es la legislación nacional la que se aplica, por lo que el título de veterinario obtenido en Italia, por un austriaco nacionalizado francés, sólo permitirá ejercer la profesión de veterinario si el derecho francés lo permite. (19). Sin embargo, en otros casos, la jurisprudencia se muestra más benévola (20). En esta materia de equivalencia de diplomas se ha planteado el problema de la discriminación "á rebours", es decir, si una regla que favorece a un trabajador extranjero con vista a la libre circulación, puede ser alegado también por un trabajador nacional que obtiene una calificación profesional en otro país de la Comunidad. La jurisprudencia ha estimado aplicable al ciudadano de un Estado miembro que quiere establecerse en ese Estado, después de haber adquirido una cualificación profesional en otro Estado miembro, la regulación comunitaria establecida para facilitar el acceso a la profesión correspondiente a los ciudadanos de la Comunidad, sin que se les puedan oponer las normas de su propia legislación nacional. Se estima que la libertad de circulación sería ilusoria si las personas que deseen establecerse en otro Estado miembro no tienen la certeza de poder volver a su país si lo desean, hacer imposible la vuelta es también imposibilitar el desplazamiento. El fundamento de la decisión de la Corte es que el art. 52 "no podría ser interpretado de modo que excluyera del beneficio del derecho comunitario a los propios ciudadanos de un Estado miembro determinado", y si es cierto que esta doctrina se formula cara a la libertad de

(17) Vid. RIBAS, JONCZY, SECHE, *Derecho Social Europeo*, cit., pág. 68; WAGENBAUR, *The mutual recognition of the qualifications in the EEC, European Law and the Individual*, cit.; CRAVENOUR, *La reconnaissance mutuelle des diplômes, un retentissant échec?*, RMC, 1973, pág. 257.

(18) Choquet, 16/78, 23-11-78. Rec. 1978, pág. 2293.

(19) Cfr. DRUESNE, *Ordre public et garanties procédurales offertes aux travailleurs migrants*, RTDE, 1980, pág. 433.

(20) Thieffry, 71/76, 28-4-77, Rec. 1977, pág. 765. Cfr. LYON-CAEN, op. cit., pág. 215. Para el caso de los abogados, Decisión Patrick, 28-6-77, Rec. 1977, pág. 1199, cfr. BRUNOIS, *Le barreaux et la libération des prestations de services et des établissements dans la CEE*, RTDE, 1977, pág. 387.

establecimiento, su alcance debe estimarse afecta también a la libertad de circulación del trabajador (21).

— La libertad de circulación se extiende, en principio, a todo tipo de trabajos asalariados, presupone por ello la intención lucrativa en el trabajador. Precisamente en base a la distinción entre actividad lucrativa y benévola, la Corte ha trazado los límites de aplicación del dominio material de la libertad de circulación. En la importante decisión Walrave, en la que se dejó sentado el carácter absoluto de la prohibición de discriminación, la Corte afirmó que teniendo en cuenta los objetivos de la Comunidad, el ejercicio deportivo no es dominio del derecho comunitario, sino en la medida que constituya una actividad económica, en el sentido del art. 2 del Tratado. En consecuencia, la prohibición de discriminación fundada sobre la nacionalidad, impuesta por el Tratado, no concierne a la composición de equipos deportivos, en particular bajo la forma de equipos nacionales, interesando la formación de esos equipos únicamente al deporte y, en tanto que tal, ajeno a la actividad económica (22). Esta doctrina jurisprudencial se confirmó poco después en el asunto Dona (23), que acentúa aún más claramente la neta distinción del tratamiento jurídico entre el deporte profesional, incluido en el ámbito comunitario, y el deporte aficionado, excluido del mismo (24). Sin embargo se ha criticado esta tesis en el sentido de que puede constituir, la exclusión del deporte no profesional, una dificultad para la integración social del trabajador migrante, un empobrecimiento de su condición en una muy importante necesidad socio-cultural. Según Ubertazzi (25), la actividad deportiva, incluso no profesional, entra en un dominio — el de la política social y en especial el de la calidad de vida — que es el propio de la Comunidad, y por ello dentro de la prohibición de toda discriminación en razón de la nacionalidad.

— La única excepción específica establecida directamente en el Tratado es la correspondiente a los "empleos en la Administración pública" (art. 48,4). Según Lyon-Caen esa categoría jurídica es "particularmente oscura" y no parece que deba dejarse a la apreciación de cada uno de los

(21) Knoors, 115/78, 7-2-79, Rec. 1979... Cfr. DRUESNE, loc. cit., pág. 436.

(22) Walrave, 36/74, Rec. 1974, pág. 1405. Cfr. UBERTAZZI, *Le domaine matériel du droit communautaire*, RTDE, 1976, págs. 635 y ss.

(23) 13/76, 14-7-76, Rec. 1976, pág. 1333.

(24) Cfr. PLOUVIN, *La libre circulation des sportifs professionnel a l'intérieur de la Communauté*, Rev. M.C., 1979, págs. 516 y ss.

(25) Op. cit., págs. 646/647.

Estados miembros, sino que postula una definición comunitaria (26). Sin embargo, tal definición comunitaria hasta este momento no existe, y tampoco la cuestión ha merecido mucha atención, ni de la doctrina ni de la jurisprudencia comunitaria. ello posiblemente se explique porque no haya planteado especiales dificultades, y de hecho se ha dejado a las autoridades nacionales el definir aquellos de sus empleos públicos a los que no tienen acceso los trabajadores de los países comunitarios. Existen, sin embargo, razones que abundan en favor de una interpretación restrictiva de la excepción, en especial si se compara la exclusión con la reducción, mucho más amplia, contenida en el art. 55, respecto a la limitación de la libertad de establecimiento a actividades, participando "en el ejercicio de una actividad pública". Por ello la excepción debería entenderse, hacer referencia específicamente a los funcionarios públicos strictus sensu.

Según la Corte, (27) la posibilidad de restringir la admisión de ciudadanos comunitarios a ciertas actividades en la Administración pública, satisface los posibles intereses nacionales en la materia, y es lo único que permite el art. 48,4 del Tratado. En consecuencia, tal artículo no puede justificar ninguna discriminación de trato con el empleado, ya admitido a una relación de empleo. La igualdad de trato debe, pues, ser respetada totalmente también en estos casos. Sin embargo, el interés de esta decisión radica en los razonamientos hechos por la Corte sobre la relativización de la excepción del art. 48,4. Para la Corte carece de interés si el trabajador es contratado en calidad de obrero, de empleado o de funcionario, o, incluso, si su vínculo de empleo está gobernado por el derecho público o por el derecho privado. Estima que estas calificaciones jurídicas pueden ser variables dentro de las legislaciones para el derecho comunitario. De ello deriva claramente que la excepción no se refiere a todos los empleos en la Administración pública, incluso si se ejercen en régimen de derecho público, sino que, como puntualiza Seché, "la excepción se refiere sólo a ciertas actividades que afectan a ciertos intereses del Estado miembro en cuestión: se trata aquí de un concepto puramente sustantivo que excluye la reserva de soberanía del derecho internacional clásico. Parece que sólo sería aplicable al extranjero si el titular del empleo detenta un poder de decisión respecto a los particulares, o si su actividad compromete intereses nacionales, en particular los que afectan a la seguridad interior o exterior del Estado" (28). Se trata, pues, de una

(26) *Droit Social International et Européen*, cit., pág. 217.

(27) *Sergin* 152/73, 12-2-74, Rec. 1974, pág. 153. Cfr. Comentario de PACTEAU, RTDE, 1976, pág. 374 y de LYON - CAEN, en DS, 1974, pág. 187.

(28) *Free Movement of Workers*, cit., pág. 393.

“concepción material de la excepción, a interpretar en todo caso de forma restrictiva” (29).

— El art. 48,3 contiene una reserva “de limitaciones justificadas por razones de orden público, de seguridad pública y de salud pública”. Por la colocación sistemática de la reserva, la misma no se refiere a la igualdad de tratamiento en condiciones de trabajo, sino al acceso al empleo, es decir al hecho material mismo de la libertad de circulación, al movimiento de personas, entrando en la temática clásica de la policía de extranjeros. En esta materia chocan particularmente dos intereses contrapuestos, el comunitario a la libre circulación y el nacional de cierta desconfianza a los extranjeros. La solución que se ha dado en el marco comunitario ha sacrificado, en buena parte, esos intereses nacionales, pero dejando abierta, sin embargo, una posibilidad extrema de salvaguardia de los intereses nacionales; a través de esta reserva de orden público se mantiene, pero se mantiene ya más bien como una válvula de seguridad, como un derecho de excepción. Para garantizar la libre circulación de personas, en consecuencia, el derecho comunitario supera la concepción tradicional de la policía de extranjeros, basada en la carencia del derecho a penetrar en el territorio, en la discrecionalidad de la expulsión, en las escasas garantías de defensa del extranjero, que desapare-

(29) RIBAS, JONCZY, SECHE, *Derecho Social Europeo*, cit., pág. 59.

La Corte en su decisión *Commission v. Reino de Bélgica*, 149/79, 17-12-80 (en RTDE, 1981, págs. 357 y ss.) ha examinado la cuestión de si debe incluirse entre los empleos de Administración pública el trabajo no cualificado de ferroviarios como hace la legislación belga, que junto a otros puesto similares reserva sólo a los propios nacionales, y ello en el curso de un litigio que enfrenta a Bélgica con la Comisión. La Corte en su decisión hace una serie de consideraciones de orden general invitando luego a un diálogo gobierno-belga Comisión, a la luz de esas consideraciones. Pero precisamente por ello la doctrina sentada es de mayor interés al tener un alcance más general.

Según la Corte la excepción prevista por el art. 48,4 hace referencia a empleos que suponen una participación directa o indirecta en el ejercicio de poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas. Tales empleos suponen por parte de sus titulares “la existencia de una relación especial de solidaridad respecto al Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad”. Es en función de ésto como debe determinarse el alcance de la excepción al principio general de libre circulación e igualdad de trato, no siendo admisible una extensión injustificada de la excepción. Cfr. DRUESNE, *La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les “emplois dans l’administration publique”*, RTDE, 1981, pág. 286.

cia, además, en caso de ausencia (30). Esta superación se contiene, por un lado, en el derecho comunitario derivado, en particular la directiva n° 64/221, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y estancia, justificadas por razones de orden público, de seguridad pública y de salud pública (31), y en una jurisprudencia relativamente abundante sobre el art. 48 del Tratado y la citada directiva. Por su parte la directiva impone a los Estados miembros el fundar las medidas limitativas sólo en la "conducta personal del individuo", no bastando la mera existencia de condenas penales anteriores. A su vez la Corte que, como hemos dicho, ha afirmado la existencia de un derecho subjetivo personal de entrada y permanencia, interpreta muy restrictivamente la noción de una conducta personal que justifique las medidas de expulsión de carácter público, estableciendo así importantes límites comunitarios a los poderes discrecionales del Estado. Sin llegar a una auténtica noción comunitaria de orden público, dado que "las circunstancias específicas que podrían justificar el recurrir a la noción de orden público, pueden variar de un país a otro y de una época a otra, y es preciso reconocer así a las autoridades nacionales un margen de apreciación en los límites impuestos por el Tratado" (32), sin embargo se estima que el poder de los Estados no es limitado y debe ser "encontrado" a nivel comunitario (33). A través de una serie de decisiones, que con mucha frecuencia afectan a situaciones de "marginados" o "poco irreprochables" (34), la jurisprudencia comunitaria se orienta en el momento actual "hacia la definición de una verdadera protección de los derechos del hombre, fundada ya no en las disposiciones económicas del Tratado, sino en principios más amplios, inspirados a la vez por las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y por los instrumentos internacionales convencionales. En otros términos la Corte tiende a proteger no sólo los derechos del trabajador

(30) Cfr. LYON-CAEN, *La reserve d'ordre public en matiere de liberte d'establissement et de libre circulation*, RTDE, 1966, págs. 693 y ss. y PACTEAU, "Les limitations de police au droit de séjour des travailleurs étrangers devant le droit international et communautaire", en *Les Travailleurs étrangers et le droit international*, París, 1979, págs. 393 y ss.

(31) RIBAS, JONCZY, SECHE, cit., págs. 94 y ss.

(32) Van Duyn, 41/74., 41-12-74, Rec. 1974, pág. 1351.

(33) Cfr. COHEN, *La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme*, RMC, 1978, pág. 92.

(34) Cfr. DRUESNE, *Ordre public...*, cit., pág. 429.

extranjero, si no igualmente los derechos del ciudadano comunitario" (35). Dejando de lado este sugestivo tema, lo cierto es que la Corte ha afirmado que la reserva de orden público constituye una derogación a la libre circulación de trabajadores, que debe ser interpretada restrictivamente (36).

Poniendo en conexión estas ideas: conducta personal individualizable, imposibilidad de una noción comunitaria de orden público, pero sí de un encuadramiento comunitario del mismo, e interpretación restrictiva de la excepción conectándola además con los derechos fundamentales de la persona, la doctrina jurisprudencial puede sintetizarse con Cassan diciendo que "la reserva de orden público no puede ser válidamente por los Estados, sino cuando existe una amenaza real y suficientemente grave al orden público fundada sobre la conducta personal del individuo, sin que esta reserva pueda utilizarse con fines económicos o con ocasión del ejercicio por el trabajador migrante de sus derechos sindicales" (37). Algunas decisiones recientes, aunque referidas a las garantías procedimentales parecen rectificar la solución liberal que se extraía de la decisión Royer, al justificar la expulsión inmediata sin haberse producido el agotamiento del proceso, y ello por admitirse las razones de urgencia. Con ello ciertamente se limita la equiparación con los nacionales, que de acuerdo a una vieja regla de derecho internacional no pueden ser expulsados de su propio país. Sin embargo, posiblemente tenga razón Ruesne cuando reflexionando sobre las características personales de los sujetos a los que se ha aplicado las medidas, sostiene que no son "causas que hagan inflamarse por la defensa del principio de libre circulación y suscite la indignación del jurista preocupado del respeto de las libertades" (38).

5. LA IGUALDAD DE TRATO AL TRABAJADOR MIGRANTE.

La libertad de circulación de los trabajadores no se limita a garantizar la entrada y estancia del trabajador, ciudadano de un Estado miembro, en los demás Estados miembros para desarrollar allí una actividad laboral, sino que además trae consigo la igualdad de tratamiento de ese

(35) Así, SIMON, *Ordre publique et libertés publiques dans les Communautés européennes*, RMC, 1976, pág. 215.

(36) Bonsignore, 67/74, 26-2-74, Rec. 1974, pág. 297. Cfr. FRESIA, *La libre circulation...*, cit., págs. 581 y ss.

(37) *Chronique de la jurisprudence sociales*, cit., pág. 197.

(38) *Ordre public et garanties procédurales*, cit., pág. 437.

trabajador con los demás trabajadores del país al que se ha desplazado. Por medio de la igualdad de trato se quieren eliminar los perjuicios y posibles diferencias de trato resultantes de su condición de extranjero.

En el Derecho comunitario esta igualdad de trato tiene sin embargo algunas particularidades de interés. Por de pronto debe decirse que esa igualdad de trato constituye un principio fundamental enunciado en el art. 7 del Tratado, que establece de forma general que "en el dominio de aplicación del presente Tratado se prohíbe toda discriminación en función de la nacionalidad" entre los nacionales de los Estados miembros. Referencias a la igualdad de trato y a la no discriminación en razón de la nacionalidad se encuentran a lo largo del Tratado y en numerosos preceptos del Derecho derivado, de forma que "toda la economía del sistema" reposa en este principio de la igualdad de trato, cuyos fundamentos últimos se buscan también en la misma protección de los derechos humanos (39).

En segundo lugar la igualdad de trato como principio general establecido en el art. 7 ha visto reconocido su efecto directo para los ciudadanos de los Estados miembros. En el asunto *Reyners* se ha dicho que por su esencia este principio es "susceptible de ser invocado directamente por los ciudadanos de todos los Estados miembros" (40). Es decir, la prohibición de discriminación en materia de derechos económicos entre los ciudadanos de los países comunitarios, aparece como una obligación absoluta a todas las actividades económicas, y por ello a las prestaciones de servicio y al trabajo por cuenta ajena (41).

En tercer lugar el art. 48,2 del Tratado, dentro de la libertad de circulación, reitera la aplicación del principio de igualdad, afirmando que la libertad de circulación "implica la abolición de toda discriminación, fundada en la nacionalidad, entre los trabajadores de los Estados miembros, en lo concerniente al empleo, la remuneración y las demás condiciones de trabajo". Se trata de una prohibición de discriminación estricta, de modo que las limitaciones establecidas en el art. 48,3 por razón de orden público, seguridad pública y salud pública deben entenderse referidas más bien a la libertad de acceso y de permanencia, pero no a las condiciones de empleo, de vida y de trabajo.

(39) Cfr. BOULOIS y CHEVALIER, *Arrêts de la CJCE*, 2ª edición, París 1978, pág. 195.

(40) 2-74, 21-6-74, Rec. 1974, pág. 631.

(41) COHEN, *La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme*, RMC, 1978, pág. 79.

A su vez esta regla comunitaria ha encontrado en el derecho derivado una consagración más precisa, y es en concreto el art. 7, R. 1612/68, el que ha desarrollado más detenidamente este principio. Según este artículo se prohíbe la diferencia de trato del migrante, ciudadano de un país comunitario, con los nacionales del Estado en que se trabaja "en todas las condiciones de trabajo y empleo, especialmente en materia de remuneración, de despido y de reintegración profesional o de reemplazo si se encuentra en paro", así como de las mismas "ventajas sociales y fiscales", y de la enseñanza "de las escuelas profesionales y de los centros de readaptación o de reeducación profesional" (lo que incluye por otro lado, también, la igualdad de trato de los hijos de los migrantes según el art. 12 del R. 1612/68, y directiva 25 de julio de 1977). A este mandato se acompaña la declaración de toda cláusula de contrato de trabajo o convenio colectivo de carácter discriminatorio.

Se trata pues de crear un mercado de trabajo unificado y fluido, y a tal efecto se impone rigurosamente una igualdad de trato entre nacionales y extranjeros. Esta íntima conexión e incluso dependencia de la libertad de circulación y la igualdad de trato, se refleja muy frecuentemente en la jurisprudencia comunitaria. En efecto, para asegurar que el derecho de libertad de movimiento pueda ejercerse en toda su extensión, se tiende a realizar una interpretación "liberal" o extensiva del principio de no discriminación. En efecto, pese a que el principio en el Tratado tuviera un fundamento predominantemente económico, sin embargo contiene, como subraya Simon (42), "el germen de virtualidad considerable que ha permitido a la Corte de Justicia construir progresivamente un verdadero estatuto del trabajador migrante. Ciertamente es el homo economicus o el homo faber quien se ve reconocer derechos fundamentales, habida cuenta de la especialidad funcional de las Comunidades". Pero la configuración del principio de no discriminación, gracias a la interpretación sistemática del Tratado en "principio estructural" del orden jurídico comunitario, constituye un primer pilar en la construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales.

La ampliación de eficacia del principio de no discriminación deriva así, tanto de una interpretación extensiva del contenido del derecho a la libre circulación, como del propio significado implícito como derecho de la persona del principio de igualdad. Mientras que lo primero da lugar a una notable ampliación del ámbito de aplicación personal, material e incluso territorial de la libre circulación, que conlleva una interpretación muy restrictiva de las derogaciones al principio de libertad de circulación,

(42) *Ordre public et libertés publiques dans les communautés européennes*, cit., pág. 215.

referente a los empleos públicos o al orden público, en lo segundo lo que se trata es de garantizar efectivamente la igualdad de condiciones de trabajo. (43).

El punto de partida aquí es la asimilación del trabajador extranjero, ciudadano de un país comunitario, al trabajador nacional; para asegurar ésto con firmeza la Corte ha afirmado la aplicabilidad directa de los arts. 7 y 48, y por ello la aplicabilidad directa de la "regla del tratamiento nacional". Como se ha dicho en el importante asunto Van Duyn, la supresión de toda discriminación fundada en la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, en lo que concierne al empleo, la remuneración y las demás condiciones de trabajo establecidas por el art. 48,2 del Tratado de Roma, constituyen "una obligación precisa que no necesita la intervención de ningún acto, ya sea de las instituciones de la Comunidad, ya sea de los Estados miembros, y que no deja a éstos, para su ejecución, ningún margen de apreciación" (44).

Con esa afirmación la jurisprudencia comunitaria, haciendo uso una vez más de ese método teleológico o finalista, que Pescatore ha destacado como "extremadamente fecundo" (45), extiende la aplicación del principio más allá del dominio tradicional de competencia de las instituciones comunitarias, aplicándolo a materias que no forman parte, en tanto que tal, de los dominios que el Tratado ha sometido a la competencia de las instituciones comunitarias (46). Es decir, el principio de no discriminación se aplica más allá de la estricta materia laboral y económica; no comprende sólo las condiciones de trabajo propiamente dichas, tal y como se contienen en el art. 7 del reglamento de 1968, y los derechos colectivos, sino que comprenden también una serie de cuestiones tales como el acceso a la vivienda, la enseñanza profesional, las ventajas sociales y fiscales, etc.

Una serie de decisiones de la Corte de Justicia ha precisado el ámbito de esa equiparación de condiciones. Así, por ejemplo, ha declarado aplicable a un trabajador italiano en Alemania una norma de la legislación militar alemana, que computa el tiempo de servicio militar a efectos del cálculo de

(43) Vid. FRESIA, *La libre circulation des personnes et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés*, cit., págs. 557 y ss.

(44) 41/74, 4-12-74, Rec. 1974, pág. 1347. Cfr. Conclusiones Mayras, págs. 1354 y ss.

(45) *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la CJCE*, Melanges van der Meersch, t. II, pág. 326; LOUIS, *El orden jurídico comunitario*, pág. 26.

(46) Vid. decisión Casagrande, 9/74, 3-7-74, Rec. 1974, pág. 773 y ss.

la antigüedad (47); aplicable a un trabajador holandés la normativa alemana sobre protección en caso de despido para los disminuídos, pese a que esta legislación expresamente quería limitarse a los disminuídos de nacionalidad alemana (48); ha declarado aplicable, y para el hijo de un trabajador migrante, el beneficio de un fondo de readaptación social para los disminuídos (49), así como el derecho a la obtención de becas de estudios municipales (50), la reducción en los ferrocarriles franceses por familia numerosa (51), etc., y ello por citar sólo los casos límites en los que no siempre existía una relación específica de trabajo y tratamiento, puesto que cuando tal relación existe no existen dudas en la severa aplicación del principio.

6. SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES.

Una consecuencia adicional de la libertad de circulación de los trabajadores es la necesidad de coordinar las diversas legislaciones nacionales, no armonizadas, en materia de seguridad social, para evitar que el trabajador migrante, por el hecho de su desplazamiento, pueda verse perjudicado en sus posibles derechos o expectativas de la protección de la seguridad social. Es evidente que la aplicación del principio de igualdad de trato supone ya de por sí una primera garantía de no discriminación respecto al trabajador nacional. Por ello el principio de igualdad de trato ha tenido un desarrollo muy considerable al respecto. Según el art. 3,1 R. 1408/71, los migrantes y sus familiares "están sometidos a las obligaciones y admitidos al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste". Se aplica, pues, al trabajador migrante, ciudadano de un país miembro, la legislación de seguridad social en las mismas condiciones que a los nacionales, a los que quedan por completo asimilados, tanto a efectos de cargas como de derechos. Debe señalarse que la jurisprudencia comunitaria ha hecho de este principio de igualdad de trato, en materia de seguridad social, una aplicación fundamental, sirviéndole de criterio para una interpretación extensiva de la coordinación comunitaria de la seguridad social, y afirmando su aplicación directa frente a cualquier norma interna que suponga una violación de la misma, al no ser oponible al trabajador ciudadano de otro Estado miembro las disposiciones del derecho nacional que tienden a rehusar a aquel beneficio, acordado a los propios nacionales.

(47) Decisión Ugliola, 15/69, 15-10-69, Rec. 1969, pág. 369.

(48) Decisión Marssmann, 44/72, 13-2-72, Rec. 1972, pág. 1243.

(49) Decisión Michel, 76/72, 11-4-73, Rec. 1973, pág. 457.

(50) Casagrande, 9/74, 3-7-74, Rec. 1974, pág. 773.

(51) Florini, 32/75, 30-9-75, Rec. 1975, pág. 1085.

Además de reconocer la eficacia directa de la regla de la igualdad de trato, y sostener que afecta no sólo al trabajador migrante como a su familia, la Corte ha profundizado en la lucha contra discriminaciones para llegar a luchas contra la discriminaciones encubiertas, camufladas u ocultas. No obstante en la actual regulación comunitaria subsisten algunas diferencias de trato por razones de nacionalidad, tal y como el caso de las prestaciones familiares francesas (abonándose a los trabajadores migrantes, cuyos familiares no residan en Francia, las prestaciones correspondientes al lugar de residencia), y el caso de las prestaciones por desempleo, cuya posibilidad de exportación se encuentra limitada.

Aun cuando la igualdad de trato supone ya asegurar al migrante un cierto nivel de protección, en cuanto consigue su asimilación al trabajador nacional, no obstante no con ello se resuelven enteramente los problemas que se le plantean por su desplazamiento, ello requiere una cierta desterritorialización de los sistemas nacionales de seguridad social, la cual se prevé en el propio Tratado, cuyo art. 51 impone al Consejo el adoptar "en el campo de la seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de trabajadores, creando en particular un sistema que les garantice el goce efectivo de tales derechos".

Ese sistema del que habla el art. 51 del Tratado no lo es tal en el sentido que al término se da en el Derecho de la seguridad social; es decir, no se trata de establecer un sistema comunitario de seguridad social de los trabajadores migrantes, sino de coordinar unos sistemas que siguen siendo nacionales, que en los demás quedan vigentes, para los casos en los que sea necesario para asegurar al trabajador la obtención de las correspondientes prestaciones.

La Corte ha declarado que no se ha organizado un régimen común de seguridad social, sino que se han dejado subsistir regímenes distintos que engendran créditos distintos respecto a instituciones distintas, frente a las que el interesado tiene derechos directos ya sea en virtud del solo derecho interno, ya sea en virtud del derecho interno, completado en caso necesario por el derecho comunitario (52). Es decir, la coordinación comunitaria se limita a "completar" los derechos internos, estableciendo la posibilidad de aplicación vinculada a un mismo beneficiario de diversos sistemas nacionales, utilizando unas técnicas y medios cuyo origen está en los primeros convenios bilaterales en la materia (53). La coordinación

(52) Keller, 21/71, 10-11-71, Rec. 1971, pág. 885.

(53) Vid. TANTAROUDAS, *La protection juridique des travailleurs migrants dans la CEE en matière de sécurité sociales*, París, 1976.

comunitaria tiene dos peculiaridades, primero que su sistema de fuentes reposa junto a los derechos internos nacionales, un derecho supranacional, el comunitario que tiene primacía sobre ellos; en segundo lugar que las técnicas de coordinación y su puesta en práctica responden y persiguen unos "objetivos" contenidos en las disposiciones del Tratado, sobre la base de los cuales se han establecido las correspondientes normas. Ello supone que en materia de seguridad social de los trabajadores migrantes existen unos principios inspiradores de todo el régimen de coordinación, que no sólo sirven de criterio de interpretación, sino incluso de juicio de la validez de las disposiciones comunitarias al respecto.

Como fundamentos generales del sistema cabe mencionar los ya relatados principios de libre circulación de trabajadores y de la igualdad de tratamiento. Junto a ellos el art. 51 del Tratado añade otros de carácter más específicos. Según dicho artículo el Consejo debe crear en particular "un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes: a) La totalización para la apertura y el mantenimiento del derecho a las prestaciones, así como para el cálculo de éstas, de todos los periodos tomados en consideración por las diferentes legislaciones nacionales. b) El pago de las prestaciones a los residentes en los territorios de los Estados miembros".

Estos dos criterios del art. 51 significan respectivamente el mantenimiento de los derechos adquiridos o en vía de adquisición, mediante la utilización, en su caso, de la técnica de la totalización de periodos para la obtención y el cálculo de las prestaciones, de la que se derivará también el reparto a prorrata de las prestaciones calculadas a base de la totalización; y la exportación de las prestaciones, o sea su suministro, sea cual sea su lugar de residencia o estancia dentro de la Comunidad. Por cierto que en este punto la jurisprudencia comunitaria ha ido más allá de lo inicialmente previsto, y asegura esa posibilidad de obtención de prestaciones (en especial las médicas), no sólo a los trabajadores que se desplazan por razones de trabajo, sino a cualquier asegurado social que visita cualquier país comunitario por las razones que sean. Respecto al mantenimiento de los derechos adquiridos, uno de los problemas que ha suscitado mayor dificultad en su aplicación ha sido el de la posible acumulación de prestaciones por un mismo evento, al poderse alegar diversos derechos a prestaciones, en base a distintos derechos nacionales. La regulación comunitaria establece criterios selectivos firmes de selección de una concreta legislación aplicable, en general la correspondiente al lugar de empleo, aun cuando hay numerosas especialidades y excepciones. Ello supone en principio la aplicación de una única legislación para un único evento, pero para el caso de las pensiones puede producirse, sin embargo, una acumulación de pensiones, lo que la

jurisprudencia comunitaria admite en principio con dos límites principales, el de la prorratización (cuando ha sido necesario acudir a la totalización) y la de la aplicación de las reglas anticúmulo internas.

La muy compleja normativa existente en la materia se contiene en la actualidad en el R. 1408/71, y en su reglamento de aplicación R. 574/72; uno y otro han sido objeto de numerosas modificaciones, entre las que cabe señalar, como especialmente importante, la contenida en el reciente R. 1390/81, que extiende a los trabajadores autónomos la aplicación de la coordinación comunitaria, continuando así la labor jurisprudencial de aplicación extensiva de los ámbitos personal y material de los propios reglamentos.

Dentro de los reglamentos se contienen las disposiciones particulares para los casos de enfermedad y maternidad (tanto para las prestaciones sanitarias como para las dinerarias), la invalidez, la vejez y la supervivencia, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el desempleo y las prestaciones por subsidios familiares. A través de estas reglas se asegura, primero la obtención por parte de los trabajadores migrantes (subordinados o autónomos) y sus familiares de las prestaciones a corto plazo, y también de las pensiones y rentas, de forma que no se vean perjudicados por el hecho de la migración. La igualdad de trato con los nacionales, el mantenimiento de los derechos adquiridos y la exportación de las prestaciones, les permiten en conjunto el no "romper" su carrera ante la seguridad social, y el continuar gozando de las prestaciones al volver al país de origen. Existen algunas excepciones y limitaciones (como los subsidios familiares para el trabajador migrante en Francia cuyos familiares residan allí, o el mantenimiento del derecho a las prestaciones de desempleo en caso de salida del país de empleo, que se mantiene sólo tres meses), pero éstas confirman la regla general de la protección eficaz ante la seguridad social de los trabajadores migrantes.

Eficacia que contrasta por cierto con la escasa efectividad de otras disposiciones comunitarias relativas a la igualdad de trato, al ser con frecuencia las condiciones sociales y de vida de los trabajadores migrantes mucho más deficientes que la de los nacionales del lugar.

7. LA PREFERENCIA COMUNITARIA.

La puesta en práctica de la libre circulación de trabajadores no se limita a permitir el desplazamiento y residencia de los trabajadores en el seno de la Comunidad, y la igualdad de trato, sino que además se establecen

Estados miembros muestran paradójicamente que la proporción de trabajadores procedentes de terceros países se ha incrementado respecto a los procedentes de los Estados miembros, y ello incluso si no se tiene en cuenta la importancia de una emigración clandestina procedente mayoritariamente de trabajadores de terceros países. Por lo menos hasta 1973 el empleo de trabajadores no comunitarios ha mostrado un incremento paulatino, llegando a 4,5 millones de trabajadores, frente a 1,5 de trabajadores procedentes de países comunitarios (56).

El desempleo creciente en los países comunitarios ha hecho producir una cierta inversión de esta tendencia, ello no tanto por el cambio de flujo migratorio en los países comunitarios, que en una situación de mala coyuntura económica decrece pese a la existencia de paro en el propio país o región, sino por la aplicación de la preferencia comunitaria a efectos de la "salida" de trabajadores extranjeros. En cualquier caso parece claro que el principio de prioridad comunitaria en el mercado de trabajo ha sido poco operativa en la práctica, entre otras cosas por el relativo efecto "boomerang" del principio de igualdad de trato, los empresarios muestran preferencias, de hecho, por nacionales de países terceros, cuya situación, menos segura y menos igualitaria, les puede ser más ventajosa. Como la propia Comisión ha señalado "desigualdades de tratamiento entre trabajadores migrantes pueden traducirse en términos de coste de mano de obra, y a este respecto incitar a no recurrir a mano de obra comunitaria" (57). Con ello se quiere decir que la sensible mejora que para la emigración española, y en concreto para la andaluza, puede suponer la aplicación de la libertad de circulación, la igualdad de trato y la prioridad comunitaria pueden traducirse, sin embargo, en dificultades reales para la obtención de ciertos trabajos frente a determinados empresarios que abusan de la mano de obra migrante.

En cualquier caso, uno de los temas que ha planteado dificultades en la adhesión de España a las Comunidades ha sido el del posible impacto de la libre circulación de trabajadores sobre el mercado de trabajo comunitario. En el Dictamen de la Comisión se decía que "teniendo en cuenta la situación por la que pasan actualmente los mercados de trabajo, el establecimiento de la libre circulación de trabajadores, si no se ve acompañada por una nivelación en las condiciones de trabajo, puede crear *serias dificultades* de orden social y político, para ello se estima necesario establecer cláusulas generales de salvaguardia para que nuestra propensión tradicional a emigrar no aumentara hacia los Estados comunitarios". Esta "amenaza" de un flujo excesivo de emigrantes, al principio ha provocado en el caso griego el

(56) Cfr. WATHELET, loc. cit., pág. 290 y ss.

(57) Cit. por WATHELET, loc. cit. pág. 297.

establecimiento de un período de transición desde la fecha de adhesión, antes de la entrada en vigor, en toda su extensión, de la libre circulación, durante ese período se asegura, sin embargo, la prioridad comunitaria, y también se establecen medidas transitorias sobre el reagrupamiento familiar, que sólo se logrará con plenitud a los cinco años de la adhesión. En lo referente a la seguridad social se aplaza también a tres años la aplicación del régimen comunitario de prestaciones familiares (58).

En el caso español los problemas del mercado de trabajo que plantea la adhesión serán bastante más graves, dada la grave situación de nuestro mercado de trabajo, y dado los desequilibrios, incluso de carácter regional, que las reconversiones y reestructuraciones industriales que provocará la adhesión, pueden traer consigo. Como sostiene CASAS, tanto en interés de la Comunidad como en interés de España, debe establecerse un período transitorio adecuado en el que, de una parte, se pondría en funcionamiento un sistema de control de las tendencias y reacciones del mercado de trabajo y, de otro lado, se adoptarían las medidas oportunas que permitan no sólo paliar los eventuales efectos negativos de la integración, sino promover una política activa de empleo en las regiones afectadas (59). En esta propuesta, la igualdad de trato y la preferencia comunitaria se establecerían desde un principio, pero se trataría de implantar paulatinamente la libertad de circulación, en conexión con medidas activas "que contribuyeran de modo efectivo a realizar las transformaciones necesarias para hacer de la integración un elemento estimulador del empleo regional y reequilibrador de las diferencias existentes", "suprimiendo efectivamente a nivel comunitario, la necesidad de desplazarse los trabajadores a fin de encontrar un empleo". En estas afirmaciones hay sin duda un cierto elemento utópico, pero desde luego ponen el acento en la necesaria conexión del régimen de libre circulación con la política comunitaria de empleo, que sólo recientemente comienza a tomar una cierta entidad (60).

8. LIBRE CIRCULACION DE TRABAJADORES Y MERCADO DE TRABAJO ANDALUZ.

Toda esta regulación que intenta posibilitar un mercado comunitario de trabajo ¿que efecto puede tener en el mercado de trabajo andaluz? Por de

(58) Cfr. *La Grece et la Communauté. Problèmes posés par l'adhésion*, Bruselas, 1978.

(59) "Libre circulation des travailleurs et politique d'emigration", en *L'Espagne et les Communautés européennes*, cit., págs. 333 y ss.

(60) Vid. La propuesta de la Comisión para una política común del mercado de trabajo, "Orientations pour une politique communautaire du marché du travail", 186, Bruselas 1980.

pronto, y parafraseando a MURILLO FERROL, cabría decir que lo que no ha faltado al andaluz es la libertad de emigrar, de lo que realmente ha carecido es de una libertad de permanencia, de una libertad de no emigrar, de no verse obligado a cambiar de la residencia que por nacimiento o elección personal le correspondía, que, por ello, la libertad de emigración sólo existe cuando en el propio lugar de partida existen medios de subsistencia suficientes para hacer de la decisión de emigrar una elección libre y meditada.

Al margen de ello la aplicación progresiva de la libre circulación permite distinguir en primer lugar dos situaciones globales diferentes: Andalucía como país de emigración, es decir las posibilidades de la población andaluza de emigrar a países comunitarios, y Andalucía como posible destino de inmigración, tanto desde Portugal o Gibraltar como desde otros países comunitarios; aunque esto último pueda parecer paradójico en nuestras zonas turísticas el empleo de ciudadanos comunitarios puede incrementarse, y en cuanto al trabajo estacional agrícola no es impensable que se produzca un fenómeno de migraciones estacionales desde el sur de Portugal.

Respecto a la emigración andaluza los cambios derivados de la incorporación a las Comunidades pueden dar lugar, a su vez, a tres situaciones diferentes:

— Antiguos emigrantes que han vuelto a España. Aplicación de la normativa comunitaria de seguridad social de los trabajadores migrantes, lo cual tendría algunos efectos importantes, sobre todo en materia de desempleo y de complementos de pensiones por cargas familiares, así como respecto al cálculo de pensiones.

— Actuales emigrantes en países comunitarios. La idea es que para los trabajadores españoles que residan ya regular y permanentemente en un país comunitario, se aplique en su integridad la igualdad de trato en el momento de la adhesión (61). Ello supone innovaciones de interés, si no ya para el acceso al empleo (aunque desaparece la carta de trabajo), sí para las posibilidades de cambio de empleo y de localidad, posibilidades de expulsión, situación de los hijos, tanto en materia laboral como de formación, educación, etc. (la reagrupación familiar ilimitada se ha limitado en el tiempo en el caso griego). El trabajador migrante tendrá abiertas las mismas posibilidades de formación profesional, de vivienda, de servicios sociales, etc., y en materia de seguridad social se le aplicará en su integridad el principio de igualdad de trato (con alguna excepción transito-

(61) Cfr. CASAS ALVAREZ, Libre circulation des travailleurs, cit., pág. 334.

riamente para las prestaciones familiares, lo más probable), y en teoría no les pueden ser aplicadas las restricciones al trabajo de extranjeros que establezcan los respectivos Estados.

— Futuros emigrantes. Aquí la cuestión dependerá obviamente de las normas transitorias que se establezcan al efecto y del grado de progresión en la aplicación paulatina de la libertad de circulación. En el caso griego se ha permitido desde el primer momento una cierta aplicación del principio de prioridad comunitaria respecto a trabajadores de terceros países y para las ofertas de empleo disponible que pudieran producirse en la Comunidad. Para esos empleos disponibles ofertados se aplicaría a todos los efectos la libertad de circulación y la igualdad de trato, pero sólo hasta la entrada en vigor de la libre circulación en su plenitud será posible la libertad de desplazamiento para búsqueda de trabajo.

Un tema peculiar lo habrá de plantear el caso de Gibraltar, territorio comunitario insertado en el espacio andaluz, y para el cual la mano de obra andaluza ha sido tradicionalmente importante. Con nuestra entrada en la Comunidad el desplazamiento para trabajar en Gibraltar adquiere una nueva dimensión, al llegar a convertirse como derecho del trabajador andaluz, tanto frente a Gran Bretaña como posiblemente frente al propio Estado español, salvo que se consideren, lo que es dudoso, como restricciones debidas a razones de orden público o de seguridad nacional las que impidieran el acceso a Gibraltar de los ciudadanos españoles.

Como territorio de inmigración, Andalucía puede contar en primer lugar con el caso citado de Gibraltar, la pretensión de los gibraltareños de desplazarse a territorio español para trabajar, lo cual planteará a contrario sensu una problemática similar a la que se acaba de enunciar respecto a la emigración española a Gibraltar.

Más importante habrá de ser el posible flujo migratorio procedente de Portugal, que aunque equiparados por la Ley de 30 de diciembre a los españoles, y exentos, en teoría, de la necesidad de permiso de trabajo, con la entrada de Portugal en la Comunidad posiblemente acentuarán su actual flujo migratorio sobre España, y, en particular, para Andalucía, la proximidad geográfica, la menor dificultad idiomática y las diferencias salariales pueden dar lugar a una entrada masiva de trabajadores para los trabajos de temporada. La misma preocupación que el gobierno francés ha formulado sobre el posible influjo negativo sobre su mercado de trabajo del incremento de las migraciones estacionales españolas hacia Francia "si las disposiciones sobre la libre circulación de trabajadores fueran objeto de una aplicación íntegra en el momento de la adhesión", habría de formularse cara

a Andalucía y respecto a la posible entrada masiva de mano de obra portuguesa, y por ello el mismo tratado de posibles cláusulas de salvaguardia, aplicación paulatina de la libertad de circulación y mera concesión de la prioridad frente a terceros países, puede y debe ser la solución aceptable.

También en Andalucía hay un número relativamente importante de trabajadores extranjeros procedentes de países comunitarios en el sector turístico, que puede incrementarse con la implantación de la libertad de circulación, pero previsiblemente no en número tal de convertirlo en un grave problema.

En síntesis, los trabajadores andaluces con la adhesión de España a las Comunidades vienen a formar parte de un mercado comunitario del trabajo, incrementándose con ello notablemente sus posibilidades de desplazarse para la búsqueda de trabajos que no encuentran en su propia región. Pero la entrada en las Comunidades también debería significar para el mercado de trabajo andaluz beneficios derivados de la incipiente política comunitaria del mercado de trabajo, consiguientemente un mejor conocimiento cualitativo y cuantitativo de nuestro mercado de trabajo, un reforzamiento de las estructuras de formación y de colocación, la realización de acciones categoriales en favor de jóvenes y mujeres sobre todo, y una política concertada de acción regional para reducir en lo posible los desequilibrios actuales que colocan a Andalucía como una de las zonas de la futura Comunidad, ampliada con una situación más desfavorecida en lo que al empleo se refiere. (62).

(62) Sin embargo no debe desconocerse el peligro que puede suponer la libertad de circulación para el caso de que no se produjera ese relanzamiento económico de la región andaluza. Como ha apuntado MUSTO, el carácter relativamente selectivo de la emigración produce un importante empeoramiento cualitativo de la propia mano de obra que resta en el territorio de la región, lo cual a su vez hace más difícil la solución de los problemas socio-económicos de la misma, (*Spanien und die Europäische Gemeinschaft*, Bonn 1977, págs. 162 y ss.)