



*Revista del Ministerio
de Empleo y Seguridad Social*

Derecho social
Internacional y Comunitario



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

122

2016

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Derecho social Internacional y Comunitario

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Alfredo Montoya Melgar**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Nuria Paulina García Piñeiro**, Vocal Asesora del Gabinete de la Ministra.
- Serie Seguridad Social: **José M^a Marín Correa**, Magistrado del Tribunal Supremo. **Pilar González de Orduña Cereijo**, Directora del Gabinete de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Miguel Colina Robledo**, Vocal Asesor Subdirección General de Relaciones Internacionales Sociolaborales.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Profesor Agregado de Derecho de la UE y Director del Máster en Asuntos Internacionales. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE. Facultad de Derecho. **M^a Belén Roel de Lara**, Jefa del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

Joaquín García Murcia, Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Complutense.

Angel Blasco Pellicer, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

Cristina Gortazar Rotaeche, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

DIRECTOR

Pablo Hernández-Lahoz Ortiz
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Tel: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@meyss.es

Internet: <http://www.meyss.es>

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 16-2.349

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>



Edita y distribuye:

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 270-16-002-5

NIPO Internet: 270-15-069-X

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Derecho social Internacional y Comunitario

SUMARIO

EDITORIAL, *Luis Enrique de la Villa Gil*, 9

I. ESTUDIOS

La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía. *Jaime Cabeza Pereiro*, 19

Desplazamientos temporales de trabajadores: orientaciones actuales. *Francisca Fernández Prol*, 41

Trabajadores nacionales de terceros Estados: el acceso al mercado de trabajo europeo. *Belén Fernández Docampo*, 59

¿Lo colectivo en el mercado interior? *José María Miranda Boto*, 75

La dimensión social de la Unión Europea en el actual proceso de integración económica. *Nora María Martínez Yáñez*, 91

La movilidad internacional de trabajadores: Novedades normativas y jurisprudenciales en materia de contratos de trabajo plurilocalizado. *Olga Fotinopoulou Basurko*, 109

Desajustes en la aplicación de las normas comunitarias de coordinación al cálculo de la pensión española. *Marta Fernández Prieto*, 127

Las consecuencias sobre el principio de igualdad en el empleo de las especialidades del trabajo a tiempo parcial en materia de cotización. *Emma Rodríguez Rodríguez*, 147

II. LEGISLACIÓN

La libre circulación de trabajadores. *Yolanda Maneiro Vázquez*, 167

III. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia reciente (2010-2015) del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación. *José María Miranda Boto*, 185

IV. DOCUMENTACIÓN E INFORMES

Dos Informes relevantes sobre la situación económica y laboral de España, 2014-2015. *Luis Enrique de la Villa Gil*, 205

Balance de la actividad del Consejo de la Unión Europea en materia de relaciones laborales y condiciones de trabajo, protección social e inclusión social, seguridad social, e igualdad (2012-2013). *Miguel Colina Robledo*, 227

La evolución del mercado laboral y de los salarios en Europa durante el año 2015. *María Prous Lora*, 289

V. RECENSIONES Y BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN

La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas. Autores Varios, 301

BIBLIOGRAFÍA

Índice artículos sobre Derecho social Comunitario y Derecho Internacional del Trabajo publicados en Revistas científicas en 2015. *Maravillas Espín Sáez*, 309

Journal of the Ministry of Employment and Social Security

International and Community Social Law

TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL, *Luis Enrique de la Villa Gil*, 9

I. STUDIES

Free movement within the European Union: between economic mobility and citizenship. *Jaime Cabeza Pereiro*, 19

Temporary mobility of workers: current guidelines.
Francisca Fernández Prol, 41

National workers from third countries: access to the European labour market.
Belén Fernández Docampo, 59

Collective dimensions in domestic markets? *José María Miranda Boto*, 75

Social dimension of the European Union in the current process of economic integration. *Nora María Martínez Yáñez*, 91

International mobility of workers: New regulations and jurisprudence about contracts of multi-State workers. *Olga Fotinopoulou Basurko*, 109

Disparity in the implementation of Community regulations to coordinate the calculation of Spanish pensions. *Marta Fernández Prieto*, 127

Consequences on the principle of equality for employment in part-time jobs regarding contribution. *Emma Rodríguez Rodríguez*, 147

II. LEGISLATION

Free mobility of workers. *Yolanda Maneiro Vázquez*, 167

III. CASE LAW

Recent case law (2010-2015) on free mobility from the Court of Justice. *José María Miranda Boto*, 185

IV. DOCUMENTS AND REPORTS

Two relevant reports on the economic and labour situation in Spain, 2014-2015. *Luis Enrique de la Villa Gil*, 205

Activity report of the Council of the EU on labour relations and working conditions, social protection and social inclusion, social security and equality (2012-2013). *Miguel Colina Robledo*, 227

Evolution of the labour market and salaries in Europe in 2015. *María Prous Lora*, 289

V. RECENSION AND REFERENCES

RECENSION

Transnationalization of labour relations. Case studies of management in Spanish multinational companies. Several authors, 301

REFERENCES

List of studies on International and Community Social Law published on scientific magazines in 2015. *Maravillas Espín Sáez*, 309

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Editorial

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL*

... Ich Zweifler aber ziehe es in Zweifel,
dafür komme ich
aus Europe,
das zweifelsüchtiger ist alle Eheweibchen.
Möge Gott es bessern!
Amen ...

Friedrich NIETZSCHE (Röcken, 1844-Weimar, 1900)
Dionysos-Dithyramben (1888-1889)

Que sea Europa ...*la más desconfiada de todas las esposas* y que ...*Dios quiera mejorarla* –dos afirmaciones de la oración pagana de un genio atrabiliario–, pasan ahora, lamentablemente, al primer plano de la actualidad. Y no precisamente por la deriva que va tomando en el derecho comunitario –aún no europeo– la libertad de circulación, la verdadera dimensión europea del mercado único de trabajo, sino a costa de los emigrantes extracomunitarios y de los refugiados, esas masas ilimitadas de gentes que, con distintos orígenes, medios y propósitos, han iniciado el asalto de las fronteras de la Unión. Pero antes de comentar ese fenómeno sociológico de trascendencia universal, aunque dibujado con trazos de brocha gorda y negra pintura, obligado es referirse a la movilidad interestatal de los trabajadores/ciudadanos de la UE.

El derecho comunitario –expresión manifiestamente inexacta, aunque no se encuentre fácilmente otra mejor– imprimió en los Tratados constitutivos de la década de los cincuenta del pasado siglo el principio de libre circulación, en tres dimensiones complementarias, elevándolo a uno de los grandes pilares del mercado único. El Tratado de Roma –constitutivo de la Comunidad Europea– priorizaba entre los instrumentos indispensables para alcanzar los ambiciosos objetivos perseguidos –alto nivel de empleo, protección social, mejor nivel de vida, cohesión económico-social y solidaridad entre los seis Estados miembros de entonces–, la supresión entre éstos ... *«de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales*

* Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la UAM. Presidente Honorario de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado, *Of Counsel* de Roca Junyent.

... y la creación de un Fondo Social Europeo ... para mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores y contribuir a la elevación de su nivel de vida».

La evolución hasta el derecho vigente obligaría a fijarse en otros diversos detalles a los que aproxima Yolanda Maneiro en la crónica legislativa de este nº 122 de la Serie, monográfico sobre la libre circulación. Prescindiendo ahora de ellos, es el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) el que en su art. 15.2 reconoce a todo ciudadano de la Unión *...la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro*, en tanto que en su art. 18 proscribire *...la discriminación por razón de nacionalidad entre los Estados miembros*, al tiempo que extiende el concepto de ciudadano de la UE, en su art. 20.1 *... a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro ...*

Disposiciones legales numerosas y prolijas, y aún más abundantes resoluciones de los tribunales de las Comunidades, primero, y de la Unión, después, han llevado en volandas, no sin vacilaciones y reservas múltiples, el tránsito que sitúa el núcleo de la libre circulación de personas en el hombre-ciudadano y no en el hombre-trabajador, una restricción mantenida durante décadas para beneficiarse de las ventajas y prestaciones de los desplazamientos territoriales. El desentrañamiento de los pormenores de este proceso es el propósito, sobradamente conseguido, de los Estudios que seleccionó José María Miranda Boto, ayudado en la coordinación por Francisca Fernández Prol, para este nº 122. La mayor parte de ellos se realizaron en el marco del Módulo Europeo Jean Monnet, *Liberté de Circulation et marché de l'emploi européen* (Ref. 54618-LLP-1-2013-1ES-AJM-MO, «Lifelong Learning Programme»), cofinanciado por la Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural (EACEA) dependiente de la Comisión Europea.

En cuanto al resumen, necesariamente breve, de este conjunto de estudios, el Profesor Cabeza Pereiro delimita el concepto de trabajador en el marco de la libre circulación; al haber sido un concepto clave no solo para la efectividad de los desplazamientos, sino también para el acceso a los subsidios sociales y a la residencia, ha contado con una interpretación judicial extensiva, hasta concluir en una interpretación amplísima, ejemplificada por una serie de casos relevantes que son objeto de puntual descripción. La Profesora Fernández Prol revisa la progresiva debilitación de las fricciones generadas por los desplazamientos temporales de trabajo, ocupándose de explicar la trayectoria habida desde la Directiva 96/71/CE a la Directiva 2014/67/CE. La Profesora Fernández Docampo expone la política migratoria para ciudadanos de terceros países no comunitarios, contrastándola con la libertad de circulación de los ciudadanos europeos. El Profesor José María Miranda Boto compatibiliza la denuncia del fracaso de la dimensión colectiva –negociación, conflictividad y diálogo social– de la libre circulación, con la extracción de una serie de detalles sumamente expresivos de una suficiente selección de casos de común conocimiento, como por ejemplo el asunto McCarthy, de 2011, en el que se concluyó que la aplicación de los beneficios sociales anejos a la libre circulación requería insoslayablemente el tránsito de un país a otro. La Profesora Martínez Yáñez acomete el análisis de las correlaciones entre la dimensión social europea y las competencias de coordinación de las políticas económicas. La Profesora Fotinopoulou Basurko profundiza en el Reglamento 1215/2012 acerca de la competencia jurisdiccional, reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materias civiles y mercantiles. La Profesora Fernández Prieto, finalmente, se refiere al cálculo de las pensiones de los emigrantes bajo la aplicación de los sucesivos Reglamentos comunitarios de Seguridad social.

A estos siete estudios conjuntamente programados, se ha añadido, por su afinidad temática, el realizado por la Profesora Rodríguez Rodríguez, relativo a las lagunas de cotización que sufren los trabajadores contratados a tiempo parcial, con particular incidencia en el trabajo de las mujeres desplazadas de uno a otro país.

Por lo demás, completan este nº 122 los comentarios de María Prous Lora y de Luis Enrique de la Villa Gil a importantes documentos e informes de la propia UE sobre la incidencia de la crisis económica en el desenvolvimiento de las relaciones laborales en los países que la integran. La primera resume un Informe de la Comisión Europea sobre la evolución europea del mercado laboral y de los salarios en el año 2015. Un resumen y comentario muy pertinentes en este nº 122 puesto que el documento cuenta con un capítulo referido a la movilidad laboral y al ajuste del mercado de trabajo en la UE, concluyendo que la pertenencia a la misma ha favorecido la caída del desempleo en los Estados miembros, que no podría explicarse únicamente por la recuperación económica, siempre muy moderada, de sus propias economías a partir del segundo semestre de 2013. Habiéndose demostrado que en situaciones de grave crisis económica la movilidad laboral inter-estatal ayuda a favorecer los necesarios ajustes de modo considerable, permitiendo reducir el desempleo y estabilizar los salarios. Sin olvidar, empero, que esas ventajas encuentran réplica negativa, a costa del muy desigual grado de bienestar entre los países de salida y de acogida, responsable cierto de la fuga de cerebros y de la minoración de los índices de productividad global. Fenómenos todos de menor gravedad de la que correspondería a un proceso de intensa movilidad entre los Estados miembros de la UE, todavía muy reducido e incomparable por supuesto con la conocida en otras regiones del mundo, por ejemplo en USA, en cuyo marco el 30% de la población en edad de trabajar vive en un estado diferente a su estado natal, en tanto que en Europa, con datos de 2013, solo el 4% de los ciudadanos de la UE en edad de trabajar lo hacía en un país distinto al de origen.

El Profesor de la Villa Gil, por su lado, estudia y comenta dos importantísimos Informes comunitarios respecto de la situación española en particular, por una parte el elaborado por el Consejo de Orientación para el Empleo (COE), hasta el ejercicio de 2014 inclusive, sobre las reformas de su mercado de trabajo y del mercado de otros nueve países comunitarios –Alemania, Austria, Dinamarca, Irlanda, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia– necesariamente fuera de atención, salvo el caso español, en este nº 122 de la Revista. Y, por otra parte, el Informe de los Servicios de la Comisión Europea, de 26 de febrero de 2015, concebido como un instrumento de trabajo sin reflejar consiguientemente la postura oficial del órgano en cuyo seno se ha elaborado.

El primero de estos dos Informes constituye un análisis crítico objetivo y certero de las reformas estructurales llevadas a cabo en España, por dos gobiernos sucesivos de ideología dispar, entre los años 2010 y 2012, coincidentes en el objetivo prioritario de la creación de empleo, a cuyo fin han introducido mecanismos de flexibilidad en el funcionamiento de las empresas para adaptar el ordenamiento a la incertidumbre de la coyuntura económica y a la certidumbre de la competencia empresarial en los mercados concurrentes; con resultados, si no brillantes, si desde luego muy positivos. El segundo de los Informes se proyecta en cambio al porvenir, integrado por las *Recomendaciones específicas* que se le hacen a España a la vista de los *Avances comprobados*, y de los *Logros alcanzados*, fijándole objetivos concretos, y no poco exigentes, dentro de la Estrategia Europea 2000.

La continuidad de las Secciones habituales de la Serie la mantienen en este nº 122, la crónica de Miguel Colina Robledo y la sección de Revista de Revistas, en esta ocasión a cargo de Maravillas Espín Sáez. La siempre extensa crónica de Colina Robledo está dedicada en este caso al balance de la actividad del Consejo UE en materia de relaciones laborales, condiciones de trabajo, protección social e inclusión social en los ejercicios 2012-2013, incluyendo, entre otros extremos, un extenso apartado sobre la adecuación de las pensiones en el seno de los veintiocho

y otro no menos detallado sobre la dimensión externa de la coordinación de la seguridad social en la UE respecto de países como Turquía, Montenegro, Albania y la República de San Marino.

De la sección bibliográfica merece mencionarse, en este número monográfico sobre la libertad de circulación, la abundancia de trabajos sobre la practicada por los ciudadanos europeos y por los trabajadores no comunitarios, con obligada referencia a los trabajos de J. Hellman y M.^a J. Molina García, «Evolución de la libre circulación de personas en el marco de la ciudadanía de la Unión Europea» (pág. 306); E. Rojo Torrecilla, «El derecho de un inmigrante en situación irregular a ser oído antes de la adopción de la decisión de retorno por la autoridad competente», una nota a la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, en el asunto C-249/13 (pág. 310); P. Páramo Montero, «Nueva Directiva 2014/67/UE sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios» (pág. 312); M.^a J. Serrano García, «La individualización de la Ley aplicable a la cuantía del salario mínimo en los desplazamientos transnacionales de trabajadores» (págs. 312-313); A. Ojeda Avilés, «Expatriados: concepto, naturaleza jurídica y regulación» (pág. 313); D.M. Cairós Barreto, «Libre circulación y derechos de pensión: la adquisición y mantenimiento de las pensiones complementarias» (pág. 314); A.M. Molina Aragón, «La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el seno de las empresas multinacionales españolas» (pág. 314); D. Pérez del Prado, «La integración sociolaboral de los inmigrantes en Europa» (pág. 316); J.A. Tormos Pérez, «De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la Directiva 2014/67/UE» (pág. 316); y, en fin, M.^a A. Asín Cabrera, «La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social en la Unión Europea y su impacto en los acuerdos internacionales bilaterales concluidos por España con terceros estados africanos» (pág. 318). Una riqueza bibliográfica bien expresiva de la enorme trascendencia social de los problemas de la libre circulación y del continuo interés que suscita en la doctrina especializada.

Si la ciudadanía de la UE no es siempre suficiente para que los derechos de todos los ciudadanos de aquélla sean iguales en todos los países comunitarios, no será difícil comprender las trabas establecidas a los emigrantes de terceros países, de tantos países ajenos a la UE con niveles de vida y posibilidades de desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos muy distanciados de los estándares medios comunitarios. En el terreno de los hechos, los datos disponibles enseñan que la libertad de circulación en la UE, referida a los ciudadanos europeos, es manifiestamente inferior a la que se produce con la migración de trabajadores no comunitarios, en su intento, no siempre conseguido, de vivir y de trabajar en alguno de los 28 países y, sobre todo, naturalmente, en los que les ofrecen más y mejores posibilidades de empleo y de bienestar, para lo cual, sin embargo, esas personas deben entrar en las fronteras de la Unión por aquellos países que geográficamente lo propician y que no son en muchos casos los países de destino, sino meros países de tránsito.

Las normas internacionales han catalogado desde tiempos remotos el derecho a la migración como uno de los derechos humanos necesitados de respeto y protección, tanto por medio de los que podrían ser calificados de instrumentos internacionales genéricos –por referirse a la totalidad de los derechos de aquella naturaleza, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, hecha suya por el constituyente español–, cuanto por medio de los instrumentos internacionales que se han adoptado específicamente con ese objeto, entre ellos los aprobados por la Conferencia General de la OIT, con proyección universal, y el Convenio Europeo de 1977 relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, ratificado efectivamente por España en el mes de junio de 1983. Igualmente se han celebrado acuerdos internacionales específicos, junto a las garantías genéricas, a favor de los refugiados, constituyendo un hito memorable desde luego la Convención, de 1951, y

el Protocolo, de 1967, sobre el Estatuto del Refugiado, ratificados por España en octubre de 1978 y completados por la legislación interna a contar de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, sobre el derecho de asilo y la condición de refugiado.

Sin embargo pese a esta riqueza de normas de teórica protección del hecho de la migración, lo cierto es que la respuesta de los países de destino, partes obligadas por aquéllas, no ha sido nunca ejemplar, ni siquiera en la UE, ni tampoco tras la creación del espacio Schengen, ni de una manera plausible tras la aprobación de las Directivas y Reglamentos comentados por Fernández Docampo en su estudio, al que ha de remitirse por razones de brevedad. Esa política restrictiva ha convertido en retórica la preciosa declaración que constituía a la Unión como el paraíso de ... *la libertad, la seguridad y la justicia*.

Es sobradamente claro que la UE no quiere, ni cómodamente puede, acoger dentro de sus actuales fronteras a los cientos de millones de ciudadanos de otros países y continentes que estarían dispuestos a instalarse definitivamente dentro de ellas. Una afirmación que obliga a establecer restricciones pero que no justifica el vergonzoso espectáculo ofrecido a mitades de 2016, cuando a las motivaciones de los emigrantes se han unido las motivaciones de las gentes que huyen de sus países no solo por la miseria que les rodea sino por el nada exagerado temor a perder la dignidad y la propia vida. El filósofo y estimable poeta Hans Magnus Enzensberger (1929) escribe, en el primero de los ensayos que recopila su libro *Versuch über den Unfriede* –editado en Berlín (Suhrkamp-Verlag), en 2015, edición española (Anagrama) de 2016–, que tanto el egoísmo de grupo como la xenofobia son constantes antropológicas más antiguas que cualquier otra forma social.

Se trata, desde luego, de un problema irresoluble, hoy por hoy, por la negligencia y el egoísmo de los gobernantes de la UE –incluso las presiones sobre Angela Merkel (1954) la han llevado a encomendar al Parlamento ... *el ajuste de la democracia al mercado*–, de los políticos dirigentes en los países comunitarios –sin mayores diferencias entre ellos por su respectiva ideología–, la escasa sensibilidad social de sus ciudadanos y la inexistencia de organizaciones defensivas de los derechos de los más débiles, una vez que la crisis de los sindicatos más que un síntoma de una dolencia grave representa un estadio de auténtica enfermedad terminal. Por lo demás, en el programa de la Agenda Europea de Migración las acciones prioritarias miran a la adopción de medidas contra la emigración irregular, contra los traficantes de personas y, sobre todo, a la protección de las fronteras exteriores de la Unión, en tanto que están quedando muy postergadas las medidas que deberían acompañar a las anteriores hasta conseguir una política común en materia de asilo.

El problema de los sindicatos es que se han quedado sin fuerza para resolver los grandes problemas que arrastra la crisis del capitalismo. La gente comprende que ni el crecimiento económico, ni la deuda gigantesca de los Estados, ni la creciente desigualdad social, ni la incertidumbre de la protección social duradera –que muerden cruelmente en la carne del común–, son males o peligros que puedan ser resueltas por los sindicatos, meros comparsas que, según sople el viento, sostienen o disparan a los políticos de turno. La esperanza puesta en los líderes que otrora ilusionaban a las masas, están llevando a los sorprendentes resultados de las elecciones democráticas y a sus poco previsibles vaivenes. Los ejemplos de estos últimos meses no pueden ser más expresivos: el impensable éxito de Donald Trump (1946) en USA y el *impeachment* triunfante contra Dilma Rousseff (1947) en el nuevo mundo. Y, en el viejo, el susto mayúsculo de acceso al poder de Norbert Hofer (1971), euroescéptico y xenófobo hasta la entraña, en uno de los países más sólidos de la Unión Europea, hace temer a sus ciudadanos de lo que resta por venir. Por no hablar de nuestros lares, con celebrados actores que apenas habrían servido, no hace tantos años, para acomodar a la gente en sus localidades.

Ciertamente se alzan algunas voces correctoras pero, reconocido su mérito, apenas tienen mayor eco que el que consiguen darle sus propios portavoces. Con todo, habría que dar valor a esos pequeños gestos, incluso los menos conocidos, como la Cumbre de Presidentes de los Colegios de Abogados de la Unión Europea (UIA), celebrada en la sede de Naciones Unidas en Nueva York el 16 de mayo de 2016, dando continuidad a las reuniones que se remontan al año 1997. En esa ocasión para criticar con razón sobrada el Acuerdo de Refugiados con Turquía o las llamadas devoluciones en caliente, aunque vayan antecedidas de comportamientos que ningún Estado soberano está en disposición de tolerar, como la violación de sus fronteras por la fuerza con frecuente agresión a las fuerzas y cuerpos que las vigilan.

A lo peor el cambio vendrá de la mano de los propios hechos consumados, cuando las avalanchas de los «bárbaros» –por rescatar no más que una denominación histórica definitivamente plástica– se hagan incontenibles por muchas cercas de espinos, campos de concentración, guardianes armados o accidentes naturales, capaces únicamente de retrasar y dramatizar la invasión final de los países occidentales. Aparte de la tan traída y llevada curación de la pirámide demográfica con sangre joven de otras latitudes –un fenómeno sociológico de profundo calado en sus implicaciones socioeconómicas–, se calcula que en la UE del año 2050, los treinta y tantos Estados nacionales que integrarán la organización no representarán más allá del 10% de la humanidad, por lo que las oleadas de los emigrantes y de refugiados –no siempre fácilmente diferenciables en sus motivos y en sus propósitos– serán incontenibles primero y fomentadas luego cuando no sean ya reversibles, a imagen y semejanza de lo ocurrido en la Europa de los siglos II a V, cuando los pueblos germánicos buscaban en el Imperio Romano esa tierra como fin, y la destrucción como medio inevitable. La encarnizada lucha inicial para la expulsión de los invasores fue prontamente seguida de la integración de las culturas y de los esfuerzos, cuando supo canalizarse con inteligencia, y moderadas dosis de cinismo, la energía de quienes para poder vivir no estaban en disposición de regatear las acciones dirigidas a incrementar la seguridad y el bienestar de los invadidos.

Felizmente, este nº 122 da cuenta de un libro aparecido en 2015, resultado del esfuerzo de un grupo de especialistas dirigido y coordinado por el Profesor Sanguinetti Raymond. La recensionista de la obra, Sonsoles de la Villa, extiende la información a la noticia de la publicación de un primer libro, editado por Cinca, en 2014, con el título de *Dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, prelude del segundo de un año después, en la misma editorial, con el título de *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*, al que se dedica atención en estas páginas. En todo caso no sería justo silenciar de un precedente algo más lejano, pero igualmente próximo, a cargo del Profesor Antonio Ojeda Avilés, autor del libro titulado *Derecho Transnacional del Trabajo* (Tirant lo Blanch, 2013). Un Derecho que, según su caracterización, aporta una mirada horizontal a las instituciones mundiales, lejos de la inter-nacionalidad, definida como inter-estatalidad, desviando el protagonismo a los gobiernos de las empresas multinacionales.

El significado de las normas jurídicas que componen este Derecho transnacional hay que encontrarlo en la necesidad de cumplimentar las lagunas que no han podido cubrir ni el derecho internacional de trabajo, constituido principalmente por los numerosos Convenios de la OIT, ni tampoco el derecho social comunitario ni, por supuesto, los derechos nacionales de los países en los que se constituyen y actúan las empresas multinacionales, por su operatividad limitada a sus propios territorios soberanos. A partir de ahí, son las propias empresas que operan en el espacio global las que asumen la creación de nuevos y autónomos instrumentos a la medida

de sus necesidades internas de regulación y bajo la presión de la sociedad civil. Ese conjunto de instrumentos constitutivo del Derecho transnacional de las relaciones de trabajo queda así dotado de regulaciones transversales respecto de los ordenamientos de los Estados, basando su efectividad antes que nada en los propios mecanismos del mercado. Uno de los capítulos de esta innovadora regulación jurídica es el de la movilidad en el seno de importantes grupos empresariales de dimensión multinacional, enfrentado con ventaja, una vez más, a la apenas existente red sindical que pudiera contrarrestar el creciente poder normativo de esas poderosas empresas, a lo que tiende desde luego, junto a alguna otra, la macrofederación sindical internacional UNI Global Union.

Pese a todas sus limitaciones, sería poco inteligente despreciar la eficacia de esta innovadora gestión de las relaciones laborales en el interior de las cadenas de producción de los grupos multinacionales, bien que de presente no se haya logrado conciliar las exigencias de la eficiencia y de la productividad con el respeto a los estándares universalmente establecidos para la protección de los derechos sociales y laborales.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

I. Estudios

La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía

Free movement within the European Union: between economic mobility and citizenship

JAIME CABEZA PEREIRO*

IDEAS PRELIMINARES

No corren buenos tiempos para la construcción europea. Más bien, las circunstancias políticas, en mayor medida que las económicas, incitan a pensamientos pesimistas. Las efectivas proclamas de algún eurogrupo hacia las restricciones en la libre circulación de personas¹, oportuna y oportunistamente recibidas por una buena parte del arco parlamentario de Estrasburgo², pueden ser portadoras de malas noticias en el corto y en el medio plazo. Se trata de una materia en la que tiene especial importancia mantener cierta fidelidad a los principios, porque las concesiones más bien suponen repliegues en la consecución de una verdadera ciudadanía, en el sentido de la proclamada en los Tratados.

Evidentemente, las últimas incorporaciones de nuevos Estados Miembros tienen

mucho que ver. Diríase que cada vez que se produce otro ingreso, se desata un miedo renovado hacia las migraciones internas³, de lo cual ha sido muy claro ejemplo la incorporación de las Repúblicas de Rumanía y Bulgaria y también –aunque parece que en menor medida– de Croacia. O, expresada esta idea con más crudeza, la ampliación de la Unión Europea produce que la movilidad se perciba más como una amenaza que como una oportunidad⁴. Los Estados Miembros, por distintos motivos y con intensidades variables, temen las tensiones sociales y étnicas que pueden derivarse con los movimientos migratorios, ya sean éstos intra o extra-comunitarios. Desde otra perspectiva, 2014 fue un año significativo, con la finalización de los períodos transitorios en los que cabía limitar la libre circulación de trabajadores en el caso de nacionales búlgaros y rumanos, lo cual ha producido una cierta sensación de alarma en el caso de dos Estados con rentas personales muy por debajo de la media de los demás Estados Miembros.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo.

¹ Véanse los documentos que contiene la página <http://www.efdgroupp.eu/>, perteneciente al grupo «Europa de la Libertad y de la Democracia Directa».

² Especialmente significativa es la postura de del Grupo de los Conservadores y los Reformistas, como puede comprarse en la página <http://ecrgroupp.eu/>

³ Así lo ponen de relieve TOADER, C. y FLOREA, A.I., *Free movement of workers and the European citizenship*, Online Journal on free movement of workers within the European Union, nº 3, 2011, p. 20.

⁴ DONAGUEY, J. y TEAGUE, P., *The free movement of workers and social Europe: maintaining the European ideal*, Industrial Relations Journal, vol. 37, nº 6, 2006, p. 653.

En esta materia de libre circulación de personas, puede decirse que la dimensión social de la Unión Europea convive con la económica⁵. Aunque más bien habría que decir que la económica convive con la política, en una relación de variable prevalencia de una sobre otra, aunque con demasiado protagonismo de aquélla. Sin lugar a dudas, la movilidad laboral depende de la oferta y de la demanda de mano de obra y cualesquiera restricciones impuestas por la legislación interna o supraestatal producen, en la práctica, trabajo informal. En términos generales, es cierto que la inmigración desde Estados con estándares laborales más reducidos produce una rebaja salarial en los Estados de acogida, en particular en el ámbito del trabajo no cualificado, sobre todo en el muy intensivo y propicio para este tipo de migraciones de trabajo de temporada⁶.

Más allá de estas vicisitudes, debe reconocerse que la Unión Europea se está convirtiendo en un laboratorio de ciudadanía diferenciada⁷. Es decir, la yuxtaposición de una ciudadanía europea que se añade a la que originariamente viene otorgada por la pertenencia a un Estado Miembro plantea una serie de cuestiones en torno al contenido sustantivo que se deriva de ella. Puede decirse, en principio, que impone un debate sobre los retos de la solidaridad y sobre el nivel de derechos sociales que de ella se derivan⁸. Todo lo cual se vislumbra en una doctrina del Tribunal de Justicia muy interesante, pero que se debate entre unas posturas más defensoras de la movilidad y otras más restrictivas.

Indiscutiblemente, el Reglamento 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, se refiere a las personas que ejercen el derecho de libre circulación para el desarrollo de una actividad por cuenta ajena. Es muy ilustrativo, en este sentido, el considerando 4 de dicho Reglamento, que copia el anterior Reglamento 1612/1968: «*La libre circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia. La movilidad de la mano de obra en la Unión debe ser para el trabajador uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo, y facilitar su promoción social, contribuyendo al mismo tiempo a satisfacer las necesidades de la economía de los Estados miembros. Conviene afirmar el derecho de todos los trabajadores de los Estados miembros a ejercer la actividad de su elección dentro de la Unión*». A este derecho se ha adherido el de las personas que buscan empleo a desplazarse a otro Estado Miembro con esa finalidad.

Es evidente, pues, que, originariamente, se reconoce la libre circulación de personas en su capacidad de agentes económicos, a modo de una «ciudadanía de mercado»⁹. Puede decirse que es la contribución a la vida económica de la Comunidad Económica Europea la que, en principio, les otorgaba a los ciudadanos comunitarios el acceso a los derechos inherentes a la movilidad, incluyéndose entre ellos el acceso a las prestaciones, se derivasen o no del trabajo que había sido la causa del ejercicio de la libre circulación. O, dicho en otras palabras, había y hay una «legitimación económica» en la movilidad consistente en la contribución que el trabajador hace a la construcción del proyecto europeo, la cual le aprovecha a él y a los miembros de su familia.

La «ciudadanía» de mercado parece que suplementa a la ciudadanía europea sin más calificativos. La diferencia de situaciones que existe entre quien se desplaza entre Estados de la Unión por razones de trabajo y quien lo

⁵ Como expresa DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., *La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 92, 2011, p. 257.

⁶ DONAGUEY, J. y TEAGUE, P., *op. cit.*, pp. 656-7.

⁷ KOCHENOV, D., *The essence of EU citizenship emerging from the last ten years of academic debate: Beyond the cherry blossoms and the moon?*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 62, 2013, p. 198.

⁸ Así lo plantea GIUBBONI, S., *Free movement of persons and European Solidarity*, European Law Journal, vol. 13, nº 3, p. 361.

⁹ GIUBBONI, S., *op. cit.*, p. 364.

hace por otros motivos debe aquilatarse para que pueda valorarse su justificación o su conveniencia. Del mismo modo que debería plantearse la propia noción de movilidad como criterio de diferencia de derechos entre quienes la ejercen en la práctica y quienes permanecen sin desplazarse en el mismo Estado de la Unión Europea. Es decir, si las llamadas «discriminaciones internas» son razonables en la actualidad. Y, en todo caso, habrá que abordar un análisis de deslindes y de conceptos, en una materia muy transitada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en ocasiones no todo lo homogénea que sería deseable.

EL CONCEPTO DE TRABAJADOR Y SUS DERIVACIONES

El concepto de «trabajador», a falta de una definición expresa en el art. 45 TFUE o en el Reglamento 492/2011¹⁰, ha sido objeto de interpretación por el Tribunal en cuanto a la libre circulación en sentencias que hoy merecen considerarse como clásicas. Sobre todo, en la que se dictó en el asunto *Unger*¹¹, conforme a la cual el término tiene un significado propio para el Derecho de la Unión Europea, autónomo del que se confiera en los Estados Miembros, pues lo contrario podría condicionar y limitar el ámbito subjetivo de la libre circulación. En concreto, la normativa originaria y derivada protege e incluye también al trabajador que, habiendo dejado un empleo, puede ocupar otro.

Posteriormente, añadió el Tribunal que no caben interpretaciones restrictivas. En concreto, en el asunto *Levin*¹² declaró que no obstaba a la consideración de una persona como trabajadora el hecho de que percibiese unos ingresos inferiores al salario mínimo de subsistencia. El sentido comunitario de la libre circulación exige que los Estados miembros

no puedan excluir a su arbitrio a ciertas categorías de trabajadores. Como expresamente declara la normativa derivada, no importa que la relación sea indefinida, temporal o de temporada, sin que importe el tipo de trabajo o el volumen de ingresos. Como quiera que el trabajo a tiempo parcial constituye para muchas personas un medio para mejorar sus condiciones de vida, por más que los ingresos derivados del mismo se sitúen por debajo del salario mínimo, encuentra amparo en el principio de libre circulación. Pues, de otro modo, quedaría limitado a quienes, por desarrollar una jornada completa, perciben una retribución superior a dicho mínimo salarial. Que sea necesario complementar esos ingresos con otros, derivados del patrimonio del interesado o de la actividad económica de otro miembro de su familia, no es relevante.

Ahora bien, esta sentencia introduce un matiz que se iba a consolidar en la jurisprudencia del Tribunal: «no obstante debe precisarse que, mientras que el trabajo a tiempo parcial no está excluido del ámbito de aplicación de las normas relativas a la libre circulación de los trabajadores, éstas amparan tan sólo el ejercicio de actividades reales y efectivas, y no de actividades de tan reducida entidad que sean puramente marginales y accesorias»¹³. Eso sí, los motivos que han impulsado a un nacional de un Estado Miembro a desplazarse a otro son irrelevantes, siempre que de hecho desarrolle en este último una actividad laboral o desee ejercerla.

Precisando algo más estas ideas, en el asunto *Lawrie-Blum*¹⁴ el Tribunal declaró que un período de prácticas profesionales no derivado

¹⁰ Falta que enfatiza DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., *op. cit.*, p. 270.

¹¹ Asunto 75/63, sentencia de 19 marzo 1964.

¹² Asunto 53/81, sentencia de 23 marzo 1982.

¹³ En cuanto al trabajo marginal, se han puesto de manifiesto las dudas que pueden producir las manifestaciones de contratos de cero horas. Así lo expresa BARNARD, C., *The substantive law of the EU: The four freedoms*, 1ª ed., Oxford University Press (Oxford, 2004) p. 266. Un caso en el que se admitió que la actividad era marginal, relativa a un trabajo transfronterizo, en el asunto C-213/05, *Geven*, sentencia de 18 julio 2007. Y un reverso al mismo es el asunto C-212/05, *Hartmann*, sentencia de 18 julio 2007.

¹⁴ Asunto 66/85, sentencia de 3 julio 1986.

de un contrato privado de trabajo no quedaba excluido del concepto de trabajo por cuenta ajena a los efectos del entonces art. 48 del Tratado CEE. Pues el concepto extensivo de trabajador establecido en las sentencias anteriores así lo impone. El hecho de que haya remuneración, dirección y supervisión por parte del establecimiento docente y sometimiento a un horario de trabajo resulta decisivo a la hora de considerar estas relaciones como amparadas por la libre circulación de trabajadores. Pues se verifica el denominado «test de suficiencia» para que concurra el concepto comunitario de trabajador¹⁵.

Así pues, el Tribunal se decanta por una interpretación amplia del concepto trabajador en defensa del efecto útil del principio de libre circulación¹⁶. Que progresivamente se va enriqueciendo con nuevos criterios. Por ejemplo, se pone de manifiesto que la posibilidad de perder la residencia si se pierde el empleo puede constituir una restricción a la libre circulación al poder desplegar cierta eficacia disuasoria de su ejercicio¹⁷. Lo cual se toma en consideración

¹⁵ WHITE, R.C.A., *Revisiting free movement of workers*, Fordham International Law Review, vol. 33, 5, 2011, 9. 1567. En cuanto a trabajadores discapacitados que prestan servicios en centros de empleo, es muy significativa la discusión acerca del concepto de empleador, a los efectos de la Directiva 2003/88/CE, de 4 noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo que se suscitó en el asunto C-316/13, *Fenoll*, sentencia de 26 marzo 2015: «*las actividades ejercidas por los discapacitados en el CAT «La Jouvène» no se han creado con el único fin de dar una ocupación, en su caso derivativa, a los interesados. En efecto, esas actividades, aunque adaptadas a las capacidades de las personas interesadas, también tienen una cierta utilidad económica. Ello es tanto más cierto dado que las referidas actividades permiten valorizar la productividad, por reducida que sea, de las personas gravemente discapacitadas y asegurar a la vez la protección social que se les debe. De las anteriores consideraciones se sigue que, con apoyo en los datos contenidos en los autos obrantes ante el Tribunal de Justicia, una persona que ejerce actividades como las del Sr. Fenoll en el CAT «La Jouvène» puede ser calificada como «trabajador», en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2003/88 y del artículo 31, apartado 2, de la Carta».*

¹⁶ Así lo expresan TOADER, C. y FLOREA, A.I., *Free movement of workers...*, cit., p. 24.

¹⁷ Como pone de manifiesto MANTU, S., *Protecting EU workers in case of involuntary unemployment: retention of worker status*, Online Journal on Free Movement of workers within the European Union, nº 7, 2014, p. 18.

en la sentencia del asunto *Martínez Sala*¹⁸. Se trataba de una mujer de nacionalidad española que había desempeñado en Alemania diversas actividades por cuenta ajena, con varias interrupciones y que, posteriormente, había percibido prestaciones de asistencia social. Sin que se le hubiera renovado el permiso de residencia, solicitó un subsidio de crianza de hijos, el cual, al margen de su consideración como prestación de Seguridad Social a los efectos de los Reglamentos de coordinación –a la sazón, el Reglamento 1408/1971– era asimismo una ventaja social en el sentido del entonces vigente Reglamento 1612/1968. La duda estribaba en si la interesada, una vez que había cesado en su trabajo y comenzado la percepción de una ayuda de asistencia social, mantenía la condición de trabajadora a los efectos de dicho Reglamento.

Con apoyo en su doctrina anterior, el Tribunal expresa que «*una vez concluida la relación laboral el interesado pierde, en principio, la condición de trabajador, si bien hay que tener en cuenta, por una parte, que esta condición puede producir determinados efectos tras la extinción de la relación laboral y, por otra parte, que una persona que busque realmente un empleo también debe ser considerada trabajador*». Y remite al órgano que había planteado la cuestión que dilucide si la interesada mantenía la condición de trabajadora a través de criterios tales como estar a la búsqueda de un empleo. Sin que pueda condicionarse en tal caso la prestación a la renovación de un permiso de residencia, al margen de los derechos que pudieran asistirle en virtud de su ciudadanía europea¹⁹. Todo lo cual plantea la cuestión fundamental de durante cuánto tiempo se mantiene la condición de trabajador una vez

¹⁸ Asunto C-85/96, sentencia de 12 mayo 1998.

¹⁹ Sobre el derecho de residencia y estudios en el Estado de acogida de los familiares de un trabajador que haya ejercido el derecho de libre circulación al mismo, pero que ya no preste servicios en él, o se haya divorciado de su cónyuge y haya dejado de residir en dicho Estado, véase el asunto C-413/99, *Baumbast*, sentencia de 17 septiembre 2002. Este derecho de residencia aprovecha, por motivos del efecto útil del ordenamiento comunitario, a los progenitores que no sean nacionales de la Unión Europea pero que tengan la custodia de los hijos (*ibid.*)

finalizada la prestación material de servicios y extinguida la relación laboral. Con todo, de este caso se ha dicho, con razón, que tensa la cuerda sobre la condición de trabajador a la busca de un paradigma de solidaridad que se base más bien en el concepto de ciudadano²⁰.

La condición de trabajador arropa a la persona en su movilidad por los Estados Miembros distintos del que es nacional pues, como va a verse, no debe acreditar suficiencia económica para residir en aquéllos, de modo tal que solo por motivos de orden público puede ser expulsado. Incluso quienes buscan empleo se encuentran protegidos, con tal de que cuenten con genuinas expectativas de obtenerlo²¹.

En este sentido, el hecho de que la persona trabajadora deba complementar sus ingresos por debajo del umbral de subsistencia con subsidios públicos no impide que sea considerado trabajador. A este respecto, es muy significativo el asunto *Kempf*²². En él, el Tribunal insiste en la interpretación amplia que debe dársele a los términos «trabajador» y «actividad por cuenta ajena» a los efectos de la libre circulación de trabajadores, en tanto que uno de los fundamentos de la Unión Europea. Y las excepciones, inaplicaciones y limitaciones, por el contrario, deben ser objeto de interpretación restringida. La circunstancia de que sus rentas salariales insuficientes se integren con otros «medios lícitos de vida» no es argumento bastante para limitar la libre circulación «siempre que queden de manifiesto la realidad y la efectividad de la actividad asalariada».

Esta sentencia tiene el gran interés de postular la prevalencia del derecho de libre

circulación en un caso de un trabajo a tiempo parcial –de doce horas a la semana– incluso cuando el trabajador recibe ayudas de subsistencia. Puede, desde luego, reconocerse que las circunstancias de cada caso concreto son trascendentes y que el Tribunal no ha dejado de excluir los trabajos marginales²³. Con todo, pone de manifiesto hasta qué punto se entienden extensivamente el derecho del hoy art. 45 TFUE. Puede decirse, así pues, que el trabajo es el primer canal de acceso a los beneficios sociales, entendiéndolos en el sentido del art. 7.2 del Reglamento 492/2011, y con la interpretación amplia que de los mismos ha realizado el propio Tribunal²⁴.

Un ulterior pronunciamiento del Tribunal de Justicia vuelve a interpretar extensivamente el concepto de trabajador en una línea que podría considerarse como complementaria del asunto *Martínez Sala*. En el asunto *Saint Prix*²⁵, se trataba de una mujer que, habiéndose trasladado al Reino Unido y tras haberse formado y trabajado en el sector de la educación primaria, dejó de prestar servicios por cuenta ajena a causa de su avanzado estado de gestación a través de empresas de trabajo temporal en centros de enseñanza infantil. Unas semanas antes de la fecha de pronóstico de parto presentó una solicitud de complemento de ingresos que fue denegada. Y tres meses después del nacimiento del hijo se reincorporó al trabajo. En estas condiciones, en torno a dicha denegación, el órgano remitente se preguntó si una persona que deja temporalmente de trabajar a causa de su embarazo mantiene o no la condición de trabajador a los efectos del art. 45 TFUE y del derecho de residencia regulado en el art. 7 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

²⁰ GIUBBONI, S., *op. cit.*, p. 368.

²¹ Como expresa BARNARD, C., *op. cit.*, p. 266.

²² Asunto 139/85, sentencia de 3 junio 1986. Se trataba de un profesor de música que prestaba servicios a tiempo parcial aproximadamente doce horas a la semana y que cobraba una prestación complementaria en virtud de su condición de trabajador. Posteriormente, obtuvo unas prestaciones derivadas de una incapacidad laboral. En estas condiciones, le retiraron el permiso de residencia por parte del Estado de acogida, en decisión que dio lugar a la cuestión prejudicial planteada por el órgano que conoció de su impugnación.

²³ Sobre el interés de las circunstancias concurrentes, WHITE, R.C.A., *op. cit.*, p. 1568, con cita de otras sentencias.

²⁴ Al respecto, GIUBBONI, S., *op. cit.*, p. 363.

²⁵ Asunto C-507/12, sentencia de 19 junio 2014.

A este respecto, el Tribunal recuerda que debe diferenciarse el estado de embarazo del de enfermedad. Y a continuación expresa una idea de calado: *«ni del conjunto del artículo 7 de la referida Directiva ni de las demás disposiciones de la misma se colige que, en esas circunstancias, un ciudadano de la Unión que no reúna los requisitos establecidos por dicho artículo se vea por ello privado de forma sistemática de la condición de «trabajador», en el sentido del artículo 45 TFUE»*. Lo cual tiene trascendencia, pues pone de manifiesto que en modo alguno la Directiva se puede interpretar en clave restrictiva o, dicho en otros términos, no puede construirse a partir de ella un concepto en negativo de trabajador. Como va a insistirse más adelante, la Directiva 2004/38/CE es, en gran medida, una codificación de instrumentos anteriores, de modo tal que no puede servir para reducir derechos reconocidos anteriormente.

Antes bien, el concepto de trabajador del art. 45 no puede hacerse depender de la presencia actual y efectiva de una relación laboral. Obviamente, las limitaciones que para una mujer se derivan de la etapa final de un embarazo no pueden obstar a que mantenga la condición de trabajadora si a causa de las mismas debe cesar temporalmente de prestar servicios. Ello siempre y cuando vuelva a prestarlos o encuentre nuevo empleo en un plazo razonable, a la vista de todas las circunstancias concurrentes. Teniéndose en cuenta, en todo caso, que el derecho de la Unión prevé una protección específica y reforzada para la maternidad. Por consiguiente, en tal situación la interesada mantenía la condición de trabajadora.

En síntesis, y siempre en el espacio de una interpretación amplia del concepto de trabajador, hay aspectos discutibles y no del todo perfilados, en especial los relativos al plazo posterior a una relación laboral en el que se mantiene dicha condición²⁶, así como cuál

sea la diferencia entre trabajo marginal y no marginal a los efectos de que aquél no legitime por sí mismo el ejercicio del derecho de libre circulación²⁷. Con todo, ambos aspectos, en particular el primero de ellos, deben perfilarse a la vista de la normativa y doctrina relativa a las personas desempleadas y a las que busquen empleo en otro Estado Miembro. A partir de reconocerse que el Derecho de la Unión reserva un mejor trato al desempleado que ha perdido su empleo que al que busca su primera ocupación.

DESEMPLEO Y BÚSQUEDA DE EMPLEO EN OTRO ESTADO MIEMBRO

Como elemento fundamental de la libre circulación debe considerarse no solo la movilidad para trabajar en otro Estado Miembro, sino también para buscar empleo en el mismo²⁸. A este respecto es de cita imprescindible el caso referencial, el conocido asunto *Anto-*

«3. A los efectos de la letra a) del apartado 1, el ciudadano de la Unión que ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia mantendrá la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en los siguientes casos:

a) si sufre una incapacidad laboral temporal resultante de una enfermedad o accidente;

b) si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo;

c) si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador se mantendrá durante un periodo que no podrá ser inferior a seis meses;

d) si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo».

²⁷ Planteándose esta duda, MANTU, S., *Protecting EU workers...*, cit., p. 19.

²⁸ Enfatizando esta idea, WOLLENSCHLÄGER, F., *Jobseekers' residence rights and access to social benefits: EU Law and its implementation in the Member States*, Online Journal on Free Movement of workers within the European Union, nº 7, 2014, p. 8.

²⁶ Debe precisarse que el derecho a mantener la condición de trabajador no se recoge en el art. 45 TFUE, pero sí en el art. 7.3 de la Directiva 2004/38/CE. No está de más reproducir su tenor literal:

*nissen*²⁹. En esencia, las autoridades británicas habían decidido la expulsión de un ciudadano belga. Después de dos años y medio en el Reino Unido, no había todavía encontrado empleo y fue condenado por posesión de cocaína con ánimo de revenderla, aunque poco más tarde fue puesto en libertad condicional. La cuestión que se suscitó ante el Tribunal de Justicia consistía en conocer si, después de más de seis meses buscando empleo, una persona miembro de otro Estado Miembro podía ser obligada a abandonar el Estado en el que había permanecido con tal finalidad. Declara el Tribunal que una interpretación conforme a la cual se «*excluye el derecho del nacional de un Estado miembro a desplazarse libremente y a residir en el territorio de los demás Estados miembros con objeto de buscar en ellos un empleo, no puede ser admitida*». Antes bien, el –entonces– art. 48.3 del Tratado CEE «*debe ser interpretado en el sentido de que enuncia con carácter no limitativo determinados derechos de que gozan los nacionales de los Estados miembros en el marco de la libre circulación de los trabajadores y de que esta libertad implica asimismo el derecho de los nacionales de los Estados miembros a circular libremente en el territorio de los demás Estados miembros y a residir en ellos con objeto de buscar empleo*». Dicho lo cual, la cuestión básica, a la vista del derecho derivado, consistía en responder a la pregunta de si el derecho de buscar empleo en otro Estado Miembro podía ser objeto de limitación temporal. A tal efecto, el Tribunal consideró que el período de seis meses establecido por la legislación interna del Reino Unido parecía razonable. Pero que, ello no obstante, «*si una vez transcurrido dicho plazo el interesado prueba que continúa buscando empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado, no podrá ser obligado a abandonar el territorio del Estado miembro de acogida*».

Esta doctrina del Tribunal ha sido fielmente recogida en la Directiva 2004/38 CE. En efecto, para el caso de que no satisfagan los

criterios económicos –a los que enseguida se va a hacer referencia– previstos en su art. 7, el art. 14.4 b) dispone que en ningún caso podrá adoptarse una medida de expulsión contra un ciudadano de la Unión o contra los miembros de su familia si hubieran entrado en el Estado miembro de acogida para buscar trabajo. En tal situación, ni aquél ni éstos pueden ser expulsados en tanto que el ciudadano de la Unión pueda demostrar que sigue buscando empleo y que tiene posibilidades reales de ser contratado.

Casi contemporáneo a la aprobación de la Directiva es el asunto *Collins*³⁰, relativo a un ciudadano irlandés al que se le había denegado un subsidio para demandantes de empleo en el Reino Unido, a donde se había trasladado con el fin de encontrar una ocupación en el sector de los servicios sociales. Se daba la circunstancia de que anteriormente había trabajado de manera ocasional en bares y en el sector de la venta durante una estancia de diez meses. El motivo de la denegación era que no tenía residencia habitual en el Estado de acogida ni tenía la condición de trabajador a la vista del Reglamento 1612/1968.

Es importante, por la doctrina que luego expresa, que el Tribunal no encuentra relación alguna entre las ocupaciones anteriores del interesado y la posterior búsqueda de empleo, de tal forma que no basa en ellas derecho alguno. Antes bien, asimila su situación a la de quien busca primer empleo en otro Estado miembro. Lo cual es crucial, pues este colectivo solo se beneficia del principio de igualdad de trato para acceder al mercado de trabajo, pero no de las ventajas sociales y fiscales a las que se refiere el Reglamento de libre circulación. Es decir, no tiene los derechos inherentes a la condición de trabajador en el sentido estricto del término.

Por lo que respecta al derecho de residencia de los demandantes de empleo, puede tener un límite temporal, a cuyo efecto cabe que

²⁹ C-292/89, sentencia de 26 febrero 1991.

³⁰ Asunto C-138/02, sentencia de 23 marzo 2004.

los Estados fijen un plazo razonable. Ahora bien, la búsqueda de empleo en otro Estado miembro se ampara en el derecho de libre circulación del Tratado. Debe valorarse, pues, si, de conformidad con el principio de igualdad de trato, los trabajadores que se desplazan para buscar empleo deben tener acceso no solo a las prestaciones de orientación y colocación, sino también a las financieras que se otorgan a los desempleados nacionales. Para dar respuesta a esta cuestión, el Tribunal interpola una idea de tendencia: *«la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, que permite a aquellos entre dichos nacionales que se encuentren en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico»*. En consecuencia, *«habida cuenta de la creación de la ciudadanía de la Unión y de la interpretación jurisprudencial del derecho a la igualdad de trato»*, el Tribunal concluye que no cabe excluir del derecho de libre circulación *«una prestación de naturaleza financiera destinada a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro»*.

Por consiguiente, es legítimo que un Estado miembro deniegue el subsidio cuando el solicitante no acredite un vínculo real con su mercado laboral, pero basta a tales efectos con que la persona de que se trate haya buscado empleo de manera efectiva y real en el mismo durante un período razonable. Este período *«no debe ir más allá de lo necesario para que las autoridades nacionales puedan asegurarse de que el interesado busca realmente empleo en el mercado laboral del Estado miembro de acogida»*.

De conformidad con esta doctrina, puede afirmarse que la Unión Europea concede un derecho limitado de residencia a los desempleados al objeto de buscar empleo en otro Estado miembro, pero sin que ese derecho implique el acceso a los beneficios sociales del art. 7

del Reglamento de libre circulación³¹. Ahora bien, la consolidación de la Unión Europea implica que esta diferencia se someta a mayores controversias, en particular en cuanto a los subsidios ligados a la búsqueda de empleo³². Por lo demás, la diferencia entre el desempleado que busca empleo sin ostentar la condición de trabajador y el que mantiene esta condición después de haber prestado servicios es importante, pues este último se beneficia *tout court* de todos los derechos inherentes a la misma.

Igualmente importante en relación con el derecho de residencia de los desempleados que se desplazan en búsqueda de empleo es la sentencia *Vatsouras*³³. De ella es muy interesante su insistencia en términos limitativos en que solo un trabajo muy marginal se excluye del principio de libre circulación de trabajadores y de los derechos inherentes al mismo. A partir de esta idea, y excluyendo dialécticamente que los demandantes en el litigio principal fueran trabajadores, parte de la doctrina del asunto *Collins*. La existencia de vínculos reales con el mercado de trabajo del Estado de acogida habilita a los demandantes de empleo a obtener una prestación económica destinada a facilitar el acceso al mismo. Y añade que el objetivo de la prestación debe analizarse a la vista de sus resultados y no de su estructura formal. A este respecto, el requisito de que el beneficiario sea capaz de desempeñar una actividad profesional es un indicio de que está destinada a su ocupación.

³¹ El art. 24.2 de la Directiva 2004/38/CE establece que *«no obstante lo dispuesto en el apartado 1, durante los primeros tres meses de residencia o, si procede, el período más largo establecido en la letra b) del apartado 4 del artículo 14, el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias»*.

³² WOLLENSCHLÄGER, F., *Jobseekers' residence rights...*, cit., p. 8.

³³ Asuntos C-22/08 y C-23/08, acumulados, sentencia de 24 junio 2009.

Como contrapunto de la sentencia *Vat-souras*, en el reciente asunto *Alimanovic*³⁴, el Tribunal de Justicia consideró que unas prestaciones de subsistencia concedidas para personas desempleadas de larga duración que tenían las condición de prestaciones en metálico no contributivas y que eran financiadas por medio de impuestos no podían calificarse como prestaciones económicas destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo en un Estado Miembro, sino como prestaciones de asistencia social. De tal forma que cabía denegarlas a los nacionales de otros Estados Miembros.

Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal se enfrenta a situaciones de discriminaciones indirectas por motivo de nacionalidad. Un ejemplo muy claro es el asunto *Prete*³⁵, en el que se declara contraria al principio de no discriminación por razón de nacionalidad una regla conforme a la cual solo se concede un subsidio de espera a favor de los jóvenes que buscan su primer empleo cuando éstos hayan cursado al menos seis años en un centro docente radicado en el Estado de acogida, pues constituye un requisito desproporcionado al fin de acreditar un vínculo real con el mercado de trabajo de aquél. Otro asunto se refiere a la exigencia, para que una empresa pueda lucrarse de determinadas ayudas a la contratación de desempleados mayores de cierta edad, de que éstos se encuentren inscritos como demandantes de empleo en el Estado miembro donde son contratados, cuando tal inscripción exige previamente la residencia en dicho Estado³⁶.

En suma, es esta conexión con el mercado de trabajo y con el acceso al empleo el elemento que garantiza el derecho a subsidios de quienes se desplazan en busca de empleo, lo cual en modo alguno debe confundirse con un derecho ilimitado a reclamar subsidios. Es

crucial, a estos efectos, distinguir los derechos para el empleo de los de mera asistencia social, sin olvidar que las ayudas de naturaleza financiera ligadas a la empleabilidad se amparan por el art. 45 del TFUE³⁷.

LOS ESTUDIOS RELACIONADOS CON EL ANTERIOR EMPLEO

Se trata de una duda que llegó al Tribunal de Justicia y que se desarrolló, hasta que el cuerpo legislativo tomó cartas en el asunto, por vía jurisprudencial. Puede citarse, como primer hito reseñable, el asunto *Lair*³⁸. Versaba sobre una estudiante francesa en la Universidad de Hannover a la que se le denegó una ayuda de manutención y formación –un préstamo sin interés– para seguir sus estudios en Filología Románica y Germánica. Anteriormente, había trabajado como empleada bancaria en Alemania durante unos períodos de tiempo combinados con otros de paro y reciclaje profesional. Pero no cumplía las exigencias sobre actividad profesional que se imponían a los estudiantes extranjeros y no a los alemanes. En tales condiciones, la duda fundamental consistía en dilucidar si mantenía la condición de trabajadora a los efectos del art. 48 del Tratado CEE y del art. 7 del Reglamento 1612/1968. El Tribunal recuerda que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad –entonces, el art. 7 del Tratado CEE– impide que, en referencia a los gastos de matrícula y escolaridad, se apliquen requisitos distintos a los nacionales de otros Estados Miembros no previstos para los nacionales propios³⁹. Pero una ayuda de manutención y formación queda extramuros de dicho precepto de derecho originario y fuera de las competencias comunitarias⁴⁰.

³⁷ Concluyendo con esta idea, WOLLENSCHLÄGER, F., *op. cit.*, p. 13.

³⁸ Asunto 39/1986, sentencia de 21 junio 1988.

³⁹ En este sentido, asunto 293/83, *Gravier*, sentencia de 13 febrero 1985.

⁴⁰ La misma doctrina en el asunto 197/86, *Brown*, sentencia de 21 junio 1988. Un interesante análisis comparativo entre los asuntos *Lair* y *Brown*, en WHITE, R.C.A., *op. cit.*, pp. 1571 ss.

³⁴ C-67/14, sentencia de 15 septiembre 2015.

³⁵ C-367/11, sentencia de 25 octubre 2012.

³⁶ Asunto C-379/11, *Caves Krier*, sentencia de 13 diciembre 2012.

Ahora bien, dicha ayuda tiene la condición de ventaja social en los términos del art. 7 del Reglamento 1612/1968, pues sin duda alguna contribuye a «la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y facilitar su promoción social». Por lo tanto, si la persona a la que se le deniega ostenta la condición de trabajador, tal denegación es contraria al derecho originario y derivado. Y, como ya ha sido objeto de análisis, dicha condición puede mantenerse después de la extinción de la relación laboral. Ello «presupone no obstante una continuidad entre la actividad profesional previamente ejercida y los estudios que se cursen, en el sentido de que ha de existir una relación entre el objeto de los estudios y la actividad profesional previa. Sin embargo, este requisito de continuidad no puede exigirse en el caso de un trabajador migrante que se halle en paro forzoso y a quien la situación del mercado de trabajo obligue a emprender una reconversión profesional en otro sector de actividad». Porque, como puntualiza el Tribunal, las carreras profesionales son menos continuadas que antes, y se interrumpen por procesos de readaptación, reconversión y aprendizaje. Con todo, reconoce la sentencia, debe haber «una relación entre la actividad profesional previa y los estudios en cuestión». Por lo tanto, si se cursan estudios que nada tienen que ver con la profesión habitual, se pierde la condición de trabajador⁴¹.

Posteriormente se resolvió el asunto *Raulin*⁴², referido a la denegación de una ayuda de estudios en Holanda a una nacional francesa que no había solicitado permiso de residencia. Cuando había llegado a los Países Bajos, había trabajado como camarera bajo un contrato *on call* y, posteriormente, unos meses después de extinguirse el contrato, comenzó un curso

universitario a tiempo completo en artes visuales. El Tribunal parte de su doctrina extensiva sobre el concepto de trabajador, a los efectos de que el órgano remitente aprecie si la actividad laboral de la señora Raulin era puramente marginal⁴³. Pero, a la vista de que no había relación entre el anterior trabajo de la interesada y los estudios posteriores, no podía reconocerse que mantenía la condición de trabajadora. Por consiguiente, aunque tuviese derecho, en su condición de nacional de un Estado miembro, a la igualdad de trato con los nacionales del Estado de acogida en cuanto a los gastos de matrícula y tasas de estudio, no en lo que se refiere a becas y préstamos de estudio. De tal modo que le correspondía al órgano judicial interno precisar la exacta naturaleza de la ayuda controvertida. En cualquier caso, un vez que había sido admitida en el curso debía gozar del derecho de residencia a lo largo de su duración, pese a que éste no hubiese sido tramitado, aunque podía hacerse depender, dado que no ostentaba la condición de trabajadora, de que contase con medios de subsistencia y con aseguramiento médico.

Ahora bien, la importancia de que el estudiante mantuviese la condición de trabajador fue superada por la doctrina del Tribunal en el posterior asunto *Bidar*⁴⁴, referido a un estudiante francés que cursaba estudios en el Reino Unido y que no podía invocar la condición de trabajador. El Tribunal consideró que una ayuda —sea préstamo o beca— a estudiantes que cursen en un Estado miembro de acogida estudios está comprendida dentro del principio de no discriminación y tiene que ser concedida cuando se reside en el Estado en el que se cursan aquéllos, cualquiera que sea la nacionalidad de un Estado miembro que se posea, siempre que se haya establecido una vinculación real con aquél, vg. por haber cur-

⁴¹ MANTU, S. *op. cit.*, p. 19. Un caso en que sí había esta clara conexión, *Brown*, cit. Sin embargo, como en este caso la relación laboral era puramente accesoria a los estudios a cuya financiación estaba destinada la ayuda solicitada, de modo que el empresario no habría contratado al interesado de no estar previamente matriculado en la Universidad, el Tribunal declaró que no había vulneración del art. 7.2 del Reglamento 1612/1968 en la denegación de la ayuda.

⁴² Asunto C-357/1989, sentencia de 26 febrero 1992.

⁴³ Abundando más en este concepto a los mismos efectos, asunto C-413/01, *Ninni-Orasche*, sentencia de 6 noviembre 2003.

⁴⁴ Asunto C-209/03, sentencia de 15 marzo 2005. Aunque, de algún modo, esta doctrina ya había sido anticipada en el asunto C-184/99, *Grzelczyk*, sentencia de 20 septiembre 2001.

sado en él una parte sustancial de los estudios de educación secundaria⁴⁵.

LOS DERECHOS DE RESIDENCIA EN LA DIRECTIVA 2004/38/CE

Es sobradamente conocida la diferencia que establecen los arts. 6, 7 y 16 de la Directiva 2004/38/CE, entre derechos de residencia de hasta tres meses, de entre tres meses y cinco años y por más de cinco años. Los primeros de ellos no sometidos a otro requisito que contar con documento de identidad o pasaporte válidos. Los segundos⁴⁶, a: a) ser trabajador por cuenta propia o ajena⁴⁷, o b) disponer para sí y para los miembros de su familia⁴⁸ de medios de subsistencia suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida⁴⁹ y contar con

⁴⁵ Sobre este requisito de vinculación o integración, HOOGENBOOM, A., *In search of a rationale for the EU citizenship jurisprudence*, Oxford Journal of Legal Studies, 2014, pp. 20 ss. Se concluye, con el análisis de cierta casuística posterior, que la doctrina del Tribunal presenta ciertas inconsistencias en cuanto a dicho requisito, que ha sido alegado por los Estados miembros concernidos para evitar cargas potenciales. En términos generales, han sido dados por buenos requisitos variados en cuanto a la duración o a la prueba del vínculo. En relación con este tema, hay que entender la doctrina del Tribunal en contraposición con la regla del art. 24.2 de la Directiva 2004/38/CE.

⁴⁶ Sobre los requisitos administrativos que pueden establecerse más allá de los tres meses de residencia, regulados en el art. 8 de la Directiva, WOLLENSCHLÄGER, F., *op. cit.*, p. 10.

⁴⁷ En términos que luego precisa el apartado 3 del propio art. 6.

⁴⁸ Sobre las exigencias del concepto de familiar dependiente en el caso de personas mayores de edad que no desarrollan una actividad retribuida y que pretenden obtener un permiso de residencia en el Estado de acogida, asunto C-423/12, Reyes, sentencia de 16 enero 2014. Se refiere a la acreditación de que la solicitante depende del familiar con respecto al cual pide el permiso de residencia derivado, sin que deban tenerse en consideración las buenas perspectivas de obtener empleo en el Estado de acogida.

⁴⁹ Para un caso en el que se reconoce el derecho de residencia de una menor nacional de otro Estado Miembro por derivación, de un ascendiente de un tercer Estado que se encarga de su cuidado— que cuenta con dichos medios de subsistencia, asunto C-200/02, Zhu y Chen, sentencia de 19 octubre 2004. El Tribunal hace abstracción de la procedencia de tales recursos, en atención a que su fuente esté en un familiar que

un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en dicho Estado, c) o estar matriculado en un centro público o privado reconocido por el mismo para cursar estudios, inclusive de formación profesional, contar con seguro de enfermedad y declarar ante la autoridad competente la suficiencia de sus recursos para mantenerse él mismo y los miembros de su familia⁵⁰, o d) ser miembro de la familia de alguna persona en cualquiera de las tres situaciones anteriores, o ir a reunirse con ella. Por su parte, el derecho de residencia permanente se adquiere después de cinco años de residencia legal en el Estado de acogida⁵¹.

A partir de este esqueleto, hay que tener en cuenta, no obstante, algunas variantes. Por ejemplo, el art. 14.3 de la Directiva dispone que el recurso a la asistencia social en el Estado de acogida por parte de un ciudadano de un Estado de la Unión o de un miembro de su familia, no pueda tener como consecuencia automática una medida de expulsión. Como tampoco cabe expulsar a uno u otro, de acuerdo con el art. 14.4, si están buscando empleo y cuentan con posibilidades reales de obtenerlo.

no los obtiene dentro de la Unión Europea. Pues no caben injerencias desproporcionadas en el ejercicio del derecho de libre circulación.

⁵⁰ Sobre la diferencia entre la declaración y la constatación de los medios de subsistencia necesarios, asunto *Grzelczyk*, cit. *ad nota* 44. Sobre los amplios términos en los que el Tribunal de Justicia reconoce el derecho de circulación de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, asunto C-127/08, *Metock*, sentencia de 25 julio 2008.

⁵¹ Eso sí, la residencia legal tiene que producirse de conformidad con las condiciones establecidas en la propia Directiva 2004/38/CE. Así lo precisa la sentencia de 21 diciembre 2011, asuntos C-424/10 y C-45/10, *Ziolkowski y Szeja*. Sobre la posibilidad de expulsión de un ciudadano de otro Estado Miembro por delitos graves, asunto C-145/09, *Tsakouridis*, sentencia de 23 noviembre 2010. Y sobre el cómputo de períodos anteriores a la entrada en vigor de la Directiva 2004/38/CE, asunto C-244/13, *Ogieriakhi*, sentencia de 10 julio 2004, y pronunciamientos en ella citados. En este último pronunciamiento se reitera, eso sí, que tal residencia debe cumplir con los requisitos de la propia Directiva. En relación con el cómputo de los años, en un caso de decisión de expulsión, y en torno a los períodos permanecidos en prisión, asunto C-400/12, *G.*, sentencia de 16 enero 2014. También sobre el no cómputo de dichos períodos en prisión, asunto C-278/12, *Onuekwere*, sentencia de 16 enero 2014.

Por otra parte, no debe olvidarse que la Directiva constituye una codificación de normas anteriores⁵² y que ha pretendido darle mayor relevancia a la libre circulación y a los derechos de residencia, de tal modo que no caben interpretaciones restrictivas⁵³ que impliquen limitaciones que no imponían las normas derogadas. Como se expresa en el asunto *Metock*⁵⁴, «la Directiva 2004/38 tiene por objeto, en particular, reforzar «el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión», de manera que no pueden reconocerse en esa Directiva menos derechos a los ciudadanos de la Unión que en los actos de Derecho derivado que aquélla modifica o derogó»⁵⁵. La doctrina del Tribunal ha sido, con todo, bastante matizada. Ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la denegación de una prestación de asistencia social a una persona que llevaba residiendo en el Estado de acogida durante más de tres meses, pues la propia prestación se configuraba como un requisito de la residencia legal durante ese período⁵⁶. Y, pese a su consideración como prestación no contributiva a los efectos de los Reglamentos de Seguridad Social, ello no impide que pueda considerarse incluida dentro del concepto de asistencia social al que se refiere el art. 7 de la Directiva 2004/38/CE⁵⁷. Por lo tanto, la solici-

tud del subsidio puede considerarse como un indicio de que no posee recursos suficientes. Ahora bien, los requisitos del art. 7 deben interpretarse de manera estricta. El Estado de acogida tiene que indagar si el interesado está atravesando dificultades temporales y tener en cuenta sus circunstancias personales, de tal modo que no se menoscabe el objetivo fundamental de la Directiva de que los ciudadanos de la Unión Europa y los miembros de sus familias puedan circular y residir libremente a través del territorio de la Unión Europea⁵⁸. Por consiguiente, el mero hecho de que una persona disfrute de una prestación social no basta para concluir que constituye una carga excesiva para el Estado de acogida, con independencia de la duración de la residencia y de la cuantía del subsidio, pues ello sería contrario al principio de proporcionalidad⁵⁹. Hay que tener en cuenta, por ejemplo, la importancia y la regularidad de los demás ingresos que pueda acreditar. Puede decirse que, con este tipo de pronunciamientos, se reduce la incidencia de la suficiencia económica en el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia de los nacionales de los Estados Miembros⁶⁰.

Una reciente sentencia se pronuncia en términos relativamente restrictivos, aunque no necesariamente incoherentes con la doctrina anterior. Se trata del asunto *Dano*⁶¹, relati-

⁵² Además de reformar el Reglamento 1612/1968, derogó las siguientes Directivas: 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

⁵³ Al margen de cuestiones de derecho transitorio, se han declarado contrarias al Derecho de la Unión, por desproporcionadas al fin de prevenir el cruce ilegal de fronteras, exigencias administrativas –vg., permisos de entrada– a familiares de nacionales de un Estado miembro residentes en otro Estado de la UE portadores de una tarjeta de residencia en el Estado de acogida para entrar en aquél. En este sentido, asunto C-202/13, *McCarthy*, sentencia de 18 diciembre 2014. Insistiendo en que no caben interpretaciones restrictivas y que priven de efecto útil a la Directiva, en cuanto a situaciones de separación conyugal y convivencia con otras parejas, asunto *Ogieriakhi*, cit. ad nota 51.

⁵⁴ Asunto C-127/08, sentencia de 25 julio 2008.

⁵⁵ La misma doctrina en el asunto C-162/09, *Lassal*, sentencia de 7 octubre 2010.

⁵⁶ Se trata del muy interesante asunto C-140/12, *Brey*, sentencia de 19 septiembre 2013.

⁵⁷ Desde esta perspectiva inclusiva, la sentencia expresa esta definición de asistencia social: «como referid[a] a todos

los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado».

⁵⁸ En el mismo sentido se había pronunciado el Tribunal en el asunto *Grzelczyk*, cit. ad nota 44: «así, la Directiva 93/96, al igual que, por otra parte, las Directivas 90/364 y 90/365, admite una cierta solidaridad económica, en particular si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia tienen carácter temporal».

⁵⁹ Sobre el alcance de este principio, en un caso en el que se contaban con medios de subsistencia y seguro de enfermedad, asunto *Baumbast*, cit. ad nota 20.

⁶⁰ Véase esta opinión en GIUBBONI, S., op. cit., p. 363.

⁶¹ Asunto C-333/12, sentencia de 11 noviembre 2014. Un comentario crítico a la misma en RAMOS QUINTANA, M.I., *La de-*

vo a la denegación de una prestación de seguro básico a una mujer rumana que residía en Alemania y que no había trabajado ni cursado estudios en el Estado de acogida. El Tribunal argumenta a partir del Estatuto de ciudadano de la Unión Europea y del art. 20 TFUE. Recuerda que, como había expresado en sentencias precedentes, *«la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos nacionales que se encuentren en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación racione materiae del Tratado FUE, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico»*. Pero el art. 20.2 TFUE puntualiza expresamente que los derechos que este artículo confiere a los ciudadanos de la Unión se ejercerán *«en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos»*. A la vez que el art. 21.1 del propio Tratado de Funcionamiento supedita también el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros a las *«limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación»*. De modo que hay que estar a las reglas de la Directiva 2004/38/CE y, en particular, a su art. 24.2⁶².

Como ya se había expresado en la sentencia *Brey*, la circunstancia de que una determinada prestación se califique como de

valuación del derecho a la libre circulación y residencia en el ámbito de la UE para quienes carecen de trabajo, Trabajo y derecho, nº 1, 2015, pp. 90 ss.

⁶² Del siguiente tenor literal: *«no obstante lo dispuesto en el apartado 1, durante los primeros tres meses de residencia o, si procede, el período más largo establecido en la letra b) del apartado 4 del artículo 14, el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias»*.

Seguridad Social y dentro del ámbito del Reglamento 883/2004 no impide que pueda considerarse como asistencia social en los términos de dicha Directiva. Lo cual deriva al concepto de carga para las finanzas públicas del Estado de acogida, aunque reconociéndose que la regla del art. 24.2 de la Directiva, que permite la denegación de ciertas prestaciones, constituye una excepción al principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Como quiera que la demandante no había entrado en Alemania para buscar trabajo, solo puede reivindicar el principio de igualdad de trato con los nacionales alemanes si su estancia reúne los requisitos de residencia exigidos por la Directiva. Y, a partir de esta constatación, expresa una idea que constituye el centro de su fundamentación jurídica: *«admitir que personas que no disfrutaban del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 puedan reclamar un derecho a percibir prestaciones sociales en las mismas condiciones que las aplicables a los propios nacionales iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, recogido en su décimo considerando, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida»*. Recuerda el Tribunal que quienes trabajan por cuenta propia o ajena no tienen que acreditar además que cuentan con recursos suficientes. Pero, en caso contrario, *«procede efectuar un examen concreto de la situación económica de cada interesado, sin tener en cuenta las prestaciones sociales solicitadas, para comprobar si cumple el requisito de disponer de recursos suficientes para poder disfrutar del derecho de residencia con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38»*. Y, como quiera que, de conformidad con las comprobaciones realizadas por el órgano remitente de la cuestión prejudicial, la señora Dano no contaba con ellos, no podía invocar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

La misma excepción –aplicabilidad del art. 24.2 de la Directiva 2004/38/CE– ha servi-

do en un caso todavía posterior, asunto *Alimanovic*⁶³ para denegar una prestación en metálico no contributiva. Con este caso sí que debe reconocerse un endurecimiento en la postura del Tribunal. Es verdad que apela al examen individualizado de la situación personal, con expresa cita del asunto *Brey*, pero concluye que este examen «no es exigible en un supuesto como el del asunto principal», porque los criterios de la Directiva garantizan «un alto grado de seguridad jurídica y de transparencia en el contexto de la concesión de prestaciones de asistencia social del seguro básico, a la vez que se ajusta[n] al principio de proporcionalidad». Debe reconocerse que, *in casum*, la sentencia hace referencia a que la carga podía considerarse excesiva porque afectaba a más de una prestación que debería reconocerse en la misma unidad familiar si no pudiese denegarse a nacionales de otros Estados Miembros. Pero, sin duda, los hechos probados hacen referencia a una familia con fuerte arraigo en Alemania. De tal modo que la corriente menos defensora de la libre circulación asoma claramente, ya como tendencia muy perceptible.

En realidad, sobre este particular se ciernen los grandes debates acerca de la libre circulación de personas. Los problemas emergen cuando los derechos de residencia, por su extensión temporal, producen que las personas que se hayan desplazado a otro Estado miembro puedan ser acreedoras en éste de prestaciones sociales⁶⁴. Se trata del conocido fenómeno de la compra de beneficios, uno de los tópicos que más agita en estos años las tendencias xenófobas en algunos Estados Miembros. La normativa de la Unión Europea reconoce el interés legítimo de éstos de exigir cierto nivel de cobertura económica a los ciudadanos que se instalan en su territorio, procedentes de otros países de la propia Unión Europea⁶⁵. Y aquí emerge el

debate, pues, casi como técnica defensiva, los Estados Miembros exigen períodos de residencia mínimos para que se generen derechos de asistencia social⁶⁶, los cuales evidentemente afectan en mayor medida a quienes se han desplazado desde un Estado distinto al de acogida. En este contexto, se pone de manifiesto, una vez más, la importancia del desarrollo de una actividad económica, o al menos el objetivo de búsqueda de empleo, para abrir las puertas a la ciudadanía europea. Es verdad que la Directiva protege también a los que buscan empleo y a las personas inactivas, pero no lo hace con el mismo grado de intensidad⁶⁷.

LA CIUDADANÍA EUROPEA

Ya se ha hecho alusión a la doctrina del Tribunal que describe la ciudadanía europea como condición esencial de los nacionales de los Estados Miembros, aunque solo en términos de tendencia, y dentro del marco de la Directiva 2004/38/CE⁶⁸. El potencial de los arts. 20 ss. TFUE es grande, incluso en unos términos que no tienen que depender del previo ejercicio del derecho de libre circulación⁶⁹. Puede defender, así pues, al individuo del Estado en el que reside incluso en situaciones puramente internas⁷⁰.

Conviene recordar que el concepto se introdujo en el Tratado de Maastricht, aunque fue ampliado en el Tratado de Ámsterdam y se superpuso al previo de libre circulación de personas activas⁷¹. No por casualidad, a partir

⁶⁶ Describiendo esta realidad, GIUBBONI, S., *op. cit.*, p. 371.

⁶⁷ HOOGENBOOM, A., *In search of a rationale...*, cit., p. 3.

⁶⁸ Esta idea ya había sido expresada en el asunto *Grzelczyk*, cit. *ad nota* 44.

⁶⁹ Insistiendo en esta idea, LENAERS, K., *Civis europaeus sum: from the cross-border link to the status of citizen of the Union*, Online Journal on free movement of workers within the European Union, nº 3, 2011, p. 11.

⁷⁰ KOCHENOV, D., *The essence of EU citizenship...*, cit., p. 101.

⁷¹ BARNARD, C., *The substantive law...*, cit., p. 232. También, WHITE, R.C.A., *op. cit.*, pp. 1565 WHITE, R.C.A., *op. cit.*, pp. 15, HOOGENBOOM, A., *In search of a rationale...*, cit., p. 1, TOADER, C.

⁶³ Cit. más recientemente en asunto G299/14, GARCÍA NIETO, Sentencia de 25 de febrero de 2016.

⁶⁴ Así lo expresa KOCHENOV, D., *The essence of EU citizenship emerging from the last ten years...*, cit., p. 125. También, MANTU, S. *op. cit.*, p. 16.

⁶⁵ Al respecto, WHITE, R.C.A., *op. cit.*, pp. 1585-6.

de ambos el Tribunal de Justicia redefine el concepto de libre circulación y desencadena este debate sobre el derecho de las personas económicamente inactivas a la protección de la asistencia social en términos de igualdad de tratamiento con los nacionales del Estado de acogida. Ahora bien, no debe olvidarse que, conforme al art. 9 del Tratado de la Unión Europea y al art. 20 TFUE, la ciudadanía europea es derivada de la circunstancia de ostentarse la nacionalidad de un Estado Miembro. Lo cual plantea la pregunta de si su esencia puede sobreponerse a su origen, de tal forma que los Estados Miembros puedan no tener toda la soberanía en un tema tan sensible como es el de la nacionalidad. Al respecto, ha habido un considerable *case law* por parte del Tribunal de Justicia que merece repasarse.

En términos conceptuales, la ciudadanía de la Unión no tiene *per se* objetivos orientados al mercado aunque, en la práctica, es común la afirmación de que constituye, esencialmente, una ciudadanía de mercado⁷². Y, ciertamente, no se ha transitado de una libre circulación basada en la actividad económica a otra basada en la ciudadanía. Pero la ciudadanía es algo más que libre circulación. Puede decirse que, con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, el ordenamiento de la Unión Europea pasó de aplicarse al 23% de los nacionales de Estados Miembros –los que ejercían dicho derecho fundamental– a afectar al 100% de los mismos, porque ahora todos entran en el ámbito de cobertura de los Tratados, sin que necesiten aportar credenciales de movilidad⁷³.

Conviene partir del asunto *Micheletti*⁷⁴. En él se dio un paso importante, al considerarse contrario al ordenamiento comunitario que las autoridades de un Estado miembro denieguen alguna libertad fundamental del Tratado a un ciudadano porque, de conformidad con

su legislación interna, se considera nacional de un tercer Estado a una persona que tiene la nacionalidad de éste y de otro Estado Miembro de la Unión Europea. En el fondo, era un tenue cuestionamiento a las reglas estatales que rigen esta materia, incluso previo en el tiempo al reconocimiento de la ciudadanía europea. Bastantes años después, el Tribunal de Justicia se enfrenta a un caso crucial, *Rottmann*⁷⁵, relativo a una persona, originariamente austriaca, que se nacionalizó como alemana pero a la que, a consecuencia de un procedimiento penal incoado contra ella del que no había informado a las autoridades de Alemania, se le revocó dicha naturalización, por haberla obtenido fraudulentamente. Sucedió que la obtención de la nacionalidad alemana había supuesto la extinción de la austriaca, de tal modo que esta última revocación convertía al interesado en un apátrida. Ante estos hechos, el Tribunal parte de la idea, ya enunciada en el asunto *Micheletti*, de que la adquisición y la pérdida de la nacionalidad, de conformidad con el Derecho Internacional, es una competencia de cada Estado.

No obstante, el Tribunal entiende que tales competencias del Estado no pueden contradecir el Derecho de la Unión Europea. «*Es manifiesto*» –expresa, en consecuencia– «*que la situación de un ciudadano de la Unión que, como el demandante en el asunto principal, se enfrenta a una decisión revocatoria de la naturalización adoptada por las autoridades de un Estado miembro que lo coloca, tras haber perdido la nacionalidad de origen de otro Estado miembro, en una posición que puede acarrear la pérdida del estatuto conferido por el artículo 17 CE y de los derechos correspondientes está comprendida, por su propia naturaleza, en el ámbito del Derecho de la Unión*». Y recuerda que la condición de ciudadano de la Unión, conforme a su doctrina, tiene la vocación de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados Miembros. Por consiguiente, la decisión revocatoria, además de

y FLOREA, A.I., *Free movement of workers...*, cit., p. 21 y DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., *op. cit.*, pp. 259 y 262.

⁷² Describiendo esta idea, KOCHENOV, D., *op. cit.*, pp. 107-8.

⁷³ *Ibid.*, p. 112.

⁷⁴ Asunto C-369/90, sentencia de 7 julio 1992. Se refería al derecho de establecimiento.

⁷⁵ Asunto C-135/08, sentencia de 2 marzo 2010.

respetar el principio de proporcionalidad, ha de tener en cuenta los efectos que le produce al interesado y a los miembros de su familia en torno a la pérdida de la condición de ciudadano de la Unión. Y, asimismo, las posibilidades con que cuenta de recuperar su nacionalidad de origen. Lo cual no obsta a la premisa mayor de que cabe la revocación, a la vista de todas estas circunstancias y criterios, por fraude en la adquisición.

La consecuencia fundamental de esta sentencia es clara: todas las medidas que pueden privar del disfrute de los derechos de la ciudadanía de la Unión se enmarcan dentro del ámbito competencial de la UE⁷⁶. Pero emerge otra, igual de importante: no es solo de incumbencia de la Unión la situación de movilidad, sino también aquélla susceptible de interferir con dicha ciudadanía⁷⁷.

Seguidamente, el Tribunal se pronunció sobre temas conexos en una sentencia muy interesante, *Ruiz Zambrano*⁷⁸, referida al caso de unos cónyuges colombianos que, habiéndose trasladado a Bélgica, no pudieron regularizar su situación hasta después del nacimiento de su tercera hija, cuando obtuvieron un permiso de residencia temporal. Se da la circunstancia de que los dos hijos menores, habiendo nacido en territorio belga, adquirieron esta nacionalidad, al no haber podido obtener la colombiana. Asimismo, el sr. Ruiz Zambrano, aunque carecía de permiso de trabajo, había obtenido un empleo con el que podía mantener a los miembros de su familia. Posteriormente, solicitó junto con su esposa la residencia permanente, pero le fue denegada, y poco más

tarde perdió su empleo sin poder regularizarlo y, consiguientemente, sin derecho a prestaciones por desempleo. Ante estos hechos, en una fundamentación jurídica sorprendentemente breve, el Tribunal centra su atención en la condición de ciudadanos de la Unión Europea de los hijos menores del matrimonio Ruiz Zambrano. Apenas recuerda su doctrina anterior en torno a la ciudadanía de la Unión y sobre la incompatibilidad con el art. 20 de las medidas internas que tengan como efecto privar a nacionales de la Unión de los derechos derivados de su ciudadanía europea. Constata que la negativa de concederle el permiso de residencia al padre de unos nacionales belgas de muy corta edad cuya manutención asume tiene tal efecto, pues se verán obligados a abandonar su territorio para acompañar a sus progenitores⁷⁹. Y añade que el mismo efecto tiene denegarle al padre el permiso de trabajo, pues en tales circunstancias corre el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia.

Este pronunciamiento merece dos reflexiones centrales. La primera se refiere a que, claramente, el ejercicio de la libre circulación queda totalmente olvidado como requisito para la aplicación del Derecho de la Unión Europea⁸⁰. En efecto, los hijos del señor Ruiz Zambrano, de nacionalidad belga, nunca se habían desplazado fuera del Estado del que eran nacionales. La segunda, que resulta muy

⁷⁶ KOCHENOV, D., *op. cit.*, p. 122.

⁷⁷ Enfatizando que el perjuicio producido era al estatuto de ciudadanía y no a la libre circulación, LENAERS, K., *Civis europaeus sum...*, cit., p. 13.

⁷⁸ Asunto C-34/09, sentencia de 8 marzo 2011. Constituye un precedente importante de esta sentencia el asunto *Zhu y Chen*, cit. *ad nota* 49. Expresando que el asunto *Zambrano* «sorprende», CARLIER, J.Y., *Purely internal situations and EU citizens' rights after the Zambrano, McCarthy and Dereci judgments*, Online Journal on Free Movement of Workers within the European Union, nº 5, 2013, p. 6.

⁷⁹ Ahí está el factor distintivo con los hechos enjuiciados en el asunto C-434/09, *McCarthy*, sentencia de 5 mayo 2011. En este caso –denegación del permiso de residencia en el Reino Unido a un jamaicano, esposo de una mujer residente en este país–, la medida controvertida no privaba a la mujer demandante del ejercicio de sus derechos como ciudadana de la Unión Europea. Por supuesto, con todo lo discutible que, en el contexto planteado, pueda resultar esta afirmación.

⁸⁰ Como expresa LENAERS, K., *Civis europaeus sum...*, cit., p. 7, siempre que una medida interna priva a nacionales de un Estado Miembro de sus derechos como ciudadanos de la Unión, hay una conexión con el Derecho comunitario. O, como expresa CARLIER, J.Y., *op. cit.*, p. 10, la ciudadanía europea se convierte en un campo autónomo del Derecho de la Unión Europea desligado de la libre circulación, ya se produzca o no con finalidad económica.

gráfico comprobar que en este caso se produce la relación inversa de la tradicional: los derechos de ciudadanía afectan a los laborales – del progenitor de los ciudadanos de la Unión– y no los laborales a los de ciudadanía, como sucedía tradicionalmente⁸¹. O, como expresa algún autor, el derecho a desplazarse en otro Estado Miembro se ha ampliado a personas no activas y ya no se distingue, en la aplicación del Derecho de la Unión Europea, entre quienes contribuyen a la construcción del mercado común y quienes no lo hacen⁸².

Eso sí, la Directiva 2004/38/CE se aplica solo cuando un ciudadano de la UE se desplaza a otro Estado miembro distinto de aquel del que es nacional. En consecuencia, las situaciones puramente internas se amparan en los derechos de ciudadanía, pero no en esta norma derivada, incluso en el caso de personas que posean más de una nacionalidad de Estados miembros⁸³. Por lo tanto, la aplicación directa de los arts. 20 ss. TFUE depende, en última instancia, de que exista una privación del ejercicio de los derechos de ciudadanía. Lo cual plantea, abiertamente, la diferencia entre el concepto de privación y la mera causación de inconvenientes, más o menos graves. El caso *McCarthy* es un buen ejemplo de esta difusa línea divisoria. Parece que no es lo mismo cuando hay hijos afectados que cuando conviven solo dos esposos⁸⁴.

En este debate se plantea el asunto *Dereci y otros*⁸⁵, sobre nacionales de terceros Estados, familiares de personas nacionales y residentes en Austria, a los cuales se les había denegado el

permiso de residencia, sucediendo que sus cónyuges no dependían económicamente de ellos. Se trataba de otro caso, así pues, en el que no se planteaba el ejercicio de la libre circulación por nacionales de Estados Miembros. El Tribunal parte, de nuevo, de la inaplicabilidad de la Directiva 2004/38/CE, pero de la aplicación de los preceptos del TFUE relativos a la ciudadanía de la Unión. Recuerda, asimismo, su doctrina de que no puede concluirse que la situación sea puramente interna por el hecho de que los nacionales de Estados Miembros no hayan ejercido el derecho de libre circulación. Pero concluye con una interpretación restrictiva de qué haya de entenderse por privación de derechos derivados de la ciudadanía de la Unión Europea: «el solo hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable, por razones de orden económico o para mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión, que miembros de su familia, que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro, puedan residir con él en el territorio de la Unión no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la Unión se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido». Doctrina que se declara sin perjuicio de que la consecuencia para las personas afectadas consista en que deban abandonar el territorio de la UE. Ello sin perjuicio de que hubiese de apreciarse violación del art. 8 del Convenio de Roma de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cuestión para la que el Tribunal no tiene competencia, por más que todos los Estados Miembros estén adheridos a él. Parece que éste es el camino razonable para solucionar todo el haz de problemas que plantea la reagrupación familiar en torno al concepto de ciudadanía europea, pero habrá que esperar por ulteriores acontecimientos.

Un pronunciamiento posterior confirma la doctrina restrictiva del Tribunal: se trata del asunto *Iida*⁸⁶, que versaba sobre un nacional japonés casado con una ciudadana de la

⁸¹ Como expresa HOOGENBOOM, A., *In search of a rationale...*, cit., p. 15, en este caso se cuestiona el paradigma migratorio.

⁸² LENAERS, K., *op. cit.*, p. 10. Sin que el hecho de no haber ejercido el derecho de libre circulación suponga, por ese único motivo, que la situación deba considerarse meramente interna. En este sentido, asunto *Zhu y Chen*, cit. *ad nota* 49, y doctrina previa citada en él.

⁸³ Asunto C-434/09, *McCarthy*, cit. *ad nota* 78. También, asunto C-456/12, *O. y otro*, sentencia de 2 marzo 2014 y asunto C-457/12, *S. y otros*, sentencia de 12 marzo 2014.

⁸⁴ CARLIER, J.Y., *Purely internal situations...*, cit., p. 6.

⁸⁵ Asunto C-526/11, sentencia de 15 noviembre 2011.

⁸⁶ Asunto C-40/11, sentencia de 8 noviembre 2012.

Unión. Ambos tenían una hija de nacionalidad alemana y la familia residía en territorio alemán, donde el Sr. Iida trabajaba a jornada completa con un salario razonablemente alto. Como quiera que los cónyuges, se separaran, la mujer se trasladó con la hija a Austria, de tal modo que el demandante perdió su derecho a la residencia por reagrupación familiar. El litigio versaba sobre la denegación al demandante de un permiso de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión. En dichas circunstancias, el Tribunal hubo de declarar, en primer lugar, que no era de aplicación la Directiva 2004/38/CE, porque el interesado no era un familiar a cargo de su hija, que era la que había ejercido el derecho de libre circulación, de tal modo que no podía ser considerado miembro de la familia de aquélla a los efectos de la aplicación de la Directiva. Y tampoco podía considerarse beneficiario de su esposa, cuyo matrimonio con él todavía no había sido disuelto, puesto que no iba a reagruparse con ella.

Por lo tanto, la cuestión de nuevo consistía en valorar una posible vulneración de los arts. 20 ss. TFUE, sobre los que el demandante no ostentaba un derecho directo. El Tribunal constata que el Sr. Iida había ejercido en Alemania una actividad laboral y que la falta de un permiso de residencia conforme al Derecho de la Unión no había disuadido a su esposa o a su hija de trasladarse a un Estado de acogida. Por otra parte, su petición de residencia no tenía la finalidad de reunirse con ambas, sino de permanecer en un Estado del que ellas procedían. Además, el demandante ostentaba, conforme al Derecho alemán, un derecho de residencia hasta 2012 y podía acogerse al de larga duración al amparo de la Directiva 2003/109/CE. De modo que la denegación del permiso no ponía en riesgo que su esposa e hija disfrutaran de los derechos que les asistían en función del arts. 20 ss. TFUE.

Puede concluirse que el ejercicio de los derechos de ciudadanía exige, a juicio del Tribunal, la presencia física de los nacionales en el territorio de la Unión Europea y que protege, en principio, a quienes se encuentran en riesgo

de perderla o de que se torne ineficaz. Solo en ese caso es exigible, al margen de la Directiva 2004/38/CE y de los requisitos de la misma, el reconocimiento de un derecho de residencia a un familiar miembro de un tercer Estado, posiblemente solo en el Estado Miembro del que es nacional la persona cuyo derecho de ciudadanía se trata de garantizar⁸⁷.

LA DISCRIMINACIÓN INVERSA

En esta progresión, desde la libre circulación de trabajadores o demandantes de empleo hasta los derechos derivados de la ciudadanía, late un debate de interés creciente: salvo en el caso de las últimas sentencias, en las que se trataba de proteger derechos elementales de ciudadanía, una de las consecuencias de la protección del ejercicio de la libertad de circulación puede consistir en que se desprotege a las personas que no hayan ejercido esta libertad fundamental. Es más, fuera de los casos en que está en juego el ejercicio de dichos derechos de ciudadanía de la Unión, la nacionalidad es una materia reservada a la competencia exclusiva de los Estados miembros. Por parafrasear el problema con un asunto recientemente comentado: bastaría con que los familiares de las personas afectadas por el asunto *Dereci* hubieran ejercido el derecho de libre circulación para que a éstos se les hubiera reconocido el derecho de residencia a partir de la Directiva 2004/38/CE.

Podría postularse, para salvar este problema, una interpretación de los arts. 20 ss. TFUE amplia que evitara las discriminaciones inversas⁸⁸, pero está claro que la jurisprudencia del Tribunal no camina por estos derroteros. Con todo, es verdad que, valorada en su conjunto, ha interpretado extensivamente la posible ligazón de los asuntos con el Derecho

⁸⁷ HOOGENBOOM, A., *op. cit.*, p. 16.

⁸⁸ Postulando esta solución, con cita de la postura del Abogado General en el asunto *Ruiz Zambrano*, LENAERTS, K., *op. cit.*, p. 6.

de la Unión⁸⁹, aunque sin llegar a ser del todo verdad que después del Tratado de Maastricht se aplica sin más a todos los ciudadanos, con independencia de que hayan ejercido o no las libertades fundamentales proclamadas en el Tratado. Pero sí que se han admitido vínculos con la libre circulación considerablemente tenues⁹⁰. Puede decirse, como ha expresado algún autor, que la toma en consideración de situaciones internas pertenece a la evolución del Derecho de la Unión Europea⁹¹. Y que, actualmente, la discriminación inversa está más sometida al escrutinio comunitario de lo que estaba hace unos años⁹².

Hay abundantes ejemplos en la doctrina del Tribunal, ahora más proclive a buscar vínculos con la libre circulación. Algún ejemplo ya comentado puede ser el asunto *Zhu y Chen*⁹³, en el que se concede el derecho de residencia en un Estado miembro de acogida a la hija nacional de otro Estado miembro y a su madre, que no era ciudadana de la Unión. Un caso muy interesante, referido a libre circulación de trabajadores, pone de manifiesto esta tendencia proclive a reconocer el vínculo con el Derecho de la Unión. Se trata del asunto *S. y otros*⁹⁴, relativo a la concesión de permiso de residencia a familiares de trabajadores nacionales del Estado de acogida para el cuidado de los hijos de éstos. El hecho de que tales trabajadores se tuviesen que desplazar periódicamente a otros Estados miembros para el desarrollo de sus actividades profesionales fue considerado suficiente para que procediera la concesión de los permisos a dichos familiares, pues la denegación pondría en dificultades el ejercicio del derecho de libre circulación. Cabe, asimismo, hacer referencia el asunto *O. y otro*⁹⁵, sobre el derecho de residencia en el Estado del que es nacional

la pareja de un nacional de un tercer Estado, cuando ambos trabaron relación en otro Estado miembro al que se desplazó por un breve lapso de tiempo dicha pareja para buscar empleo.

Con todo, el ejercicio de la libre circulación sitúa a las personas en una posición tendencialmente más favorable y que puede producir consecuencias comparativamente adversas en el caso de las situaciones puramente internas. Se plantea la cuestión de quién es la Unión Europea para distinguir entre migrantes y personas sedentarias⁹⁶. En este sentido, ha habido posturas favorables a que se eliminara la exigencia de situación transnacional en el reconocimiento de los derechos de residencia⁹⁷. Pero debe de reconocerse que el criterio de la movilidad cuenta, todavía, con el sólido soporte de que supone un reconocimiento a que se haya puesto un grano de arena en la construcción europea. Por lo demás, no debe olvidarse que los Estados Miembros, a través de sus normas internas, siempre pueden eliminar los efectos desfavorables de no haberse ejercido la libre circulación mediante reglas de equiparación.

CONCLUSIÓN

Los derechos de residencia y de ciudadanía tienen sus flancos débiles. Claramente, favorecen a las personas con recursos económicos y desprotegen a las que carecen de ellos, en su probable condición de cargas de los sistemas públicos de asistencia social. Una comparación de algunos de los casos comentados –vg., el asunto *Baumbast*⁹⁸ frente al asunto *Dano*⁹⁹, realza claramente esta diferencia. No se ha producido una suficiente evolución de una ciu-

⁸⁹ *Ibid.*, p. 8.

⁹⁰ HOOGENBOOM, A., *op. cit.*, p. 3.

⁹¹ CARLIER, J.Y., *op. cit.*, p. 9.

⁹² KOCHENOV, D., *op. cit.*, p. 119.

⁹³ Cit. *ad nota* 49.

⁹⁴ Cit. *ad nota* 82.

⁹⁵ Cit. *ad nota* 82.

⁹⁶ CARLIER, J.Y., *op. cit.*, p. 6.

⁹⁷ Véase, a este respecto, HOOGENBOOM, A., *op. cit.*, p. 12, con cita de opiniones del Abogado General en el asunto C-212/06 *Government of the French Community, and Walloon Government v Flemish Government*, sentencia de 1 abril 2008.

⁹⁸ Cit. *ad nota* 20.

⁹⁹ Cit. *ad nota* 61.

dadanía de mercado a una ciudadanía social a pesar de que, en no pocos pronunciamientos, el Tribunal ha desempeñado un papel activo en la defensa de la solidaridad económica para con los beneficiarios de prestaciones de asistencia social¹⁰⁰. Aunque, en términos generales, su doctrina puede calificarse de matizada y ambivalente.

Lo cual, por otra parte, tiene su lógica. Es muy atractivo referirse a un modelo europeo de solidaridad, pero debe reconocerse que la solidaridad ostenta un carácter nacional¹⁰¹, en la medida en la que son los Estados Miembros los que sostienen los sistemas de asistencia social que se discuten en bastantes de los asuntos comentados, aun cuando la concesión de las prestaciones se derive de la aplicación de las normas comunitarias. La limitación al principio de solidaridad que se deriva de esta fuente interna de las prestaciones suscita muchos de los conflictos que hoy existen, de desafección individual y colectiva al proyecto europeo por diversos grupos de «euro-escépticos» y «euro-realistas». No es fácil solucionar estas tensiones, pero el modelo europeo de convivencia y cohesión social exige buscar soluciones que no pasen por criterios restrictivos de derechos.

Por otra parte, el paradigma migratorio como fundamento de ejercicio de derechos sociales mantiene una fuerte vigencia. Se ha construido la ciudadanía europea a través de una identidad migrante, que quizá no sea del todo desaconsejable. Por más que el ejercicio de los derechos derivados de los arts. 20 ss. TFUE exija apartarse de este modelo, ha sido netamente positivo en la construcción de una identidad europea, en particular en el ámbito social del Derecho.

Hasta el último párrafo de este estudio se ha omitido toda referencia a la Directiva 2014/54/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 abril 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de trabajadores. Su objeto –facilitar la aplicación uniforme y el cumplimiento práctico de los derechos que confieren el art. 45 TFUE y los arts. 1 a 10 del Reglamento 492/2011– constituye una prometedora ocasión para que algunos de los problemas que se han descrito en relación con los trabajadores y los miembros de sus familias se superen definitivamente. Entendiéndose «trabajadores» con el amplio concepto que le ha otorgado el propio Tribunal. Esta será una historia sin duda muy importante y que tendrá que ser narrada.

¹⁰⁰ Por ejemplo, en el asunto *Brey*, cit. *ad nota* 56.

¹⁰¹ Expresando esta contradicción, GIUBBONI, S., *op. cit.*, pp. 374-5.

RESUMEN

Se desarrolla en este estudio la libre circulación dentro del marco de la Unión Europea basada en el concepto de trabajador del art. 45 TFUE, así como la doctrina del Tribunal de Justicia acerca de los subsidios de asistencia social reconocidos para prestar servicios en otro Estado Miembro. En cuanto a las personas que se desplazan en busca de empleo, se destaca la importancia de identificar qué derechos se vinculan a la condición de demandante de empleo, a través del análisis de sentencias que se han dictado al respecto. Se presta particular atención a los requisitos para el reconocimiento de la residencia legal, de acuerdo con la Directiva 2004/38/CE, y en particular a la suficiencia de ingresos, tal y como han sido matizados por el Tribunal. También se analiza la ciudadanía de la Unión, como criterio que, en casos excepcionales, puede garantizar derechos de residencia a familiares fuera del marco legal de la Directiva. Y, adicionalmente, se hace referencia a la discriminación inversa que pueden sufrir las personas que no ejercitan el derecho de libre circulación. Concluyéndose que el acceso de los migrantes a los subsidios de asistencia social constituye uno de los grandes debates que hoy genera la construcción europea.

Palabras Clave: Libre circulación, trabajadores migrantes, subsidios de asistencia social, ciudadanía europea.

ABSTRACT

This study deals with the free movement within the framework of the European Union based on the concept of worker defined by Article 45 TFEU, as well as the policy of the Court of Justice in relation to the social assistance benefits granted to provide services in another Member State. As for the people who move in search of employment, the importance of identifying what rights are linked to the status of job seekers are underlined by means of the analysis of statements that have been given judgement on this matter. Particular attention is paid to the requirements for recognition of legal residence, according to Directive 2004/38/CE and particularly to sufficient income, as stated by the Court. Citizenship at the European Union is also analysed, as a criterion for exception in certain cases to guarantee the residence rights to relatives outside the legal framework of the Directive. Additionally, the reverse discrimination suffered by people without the right for free movement is also covered on this paper. In conclusion, access to social assistance benefits for migrants becomes one of the most important current debates on the European construction.

Keywords: Free movement, migrant workers, social assistance benefits, European citizenship.

Desplazamientos temporales de trabajadores: orientaciones actuales

Temporary mobility of workers: current guidelines

FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL*

1. PREMISAS BÁSICAS

Los numerosos pronunciamientos del TJUE sobre el particular conforman una prueba irrefutable de las múltiples fricciones generadas en el plano social por el ejercicio de las libertades económicas, particularmente de la libre prestación de servicios –art. 56 TFUE¹–, por cierto, objeto de un especial impulso en los últimos años –así, mediante la aprobación de la conocida como Directiva Bolkestein²–. Tal libertad –artificio, junto a la de establecimiento o a la libre circulación de mercancías, personas y capitales, del mercado único europeo–, al habilitar, sin discriminación por razón de nacionalidad, a no asalariados, profesionales y personas jurídicas a ofrecer y prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquél en que se hallen establecidos, implica a menudo una movilidad temporal de trabajadores por cuen-

ta ajena. Movilidad que, frente al tradicional desplazamiento en búsqueda de un empleo –manifestación genuina de la libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE)–, presenta peculiares características. Siendo la empresa, la que, en el marco de una previa relación contractual de trabajo, desplaza al asalariado al territorio de un Estado miembro distinto de aquel en que, habitualmente, son prestados los servicios, se mantienen en principio las condiciones laborales pactadas en origen. Por lo que, al otorgar los ordenamientos laborales de Estado de envío y Estado receptor desiguales protecciones y siendo correlativamente dispares sus costes –señaladamente, salariales–, el desplazamiento temporal es fuente de innumerables distorsiones, en el plano social –habida cuenta la vulnerabilidad del desplazado, pero también las repercusiones del fenómeno mismo en los mercados nacionales de empleo³–, e igualmente en el plano económico –dada la incidencia de los costes de mano de obra en el precio final del producto y las consiguientes disfunciones en términos

* Profesora Contratada Doctora (titular acreditada). Universidad de Vigo.

¹ Sobre la citada jurisprudencia, *vid.* AAW. (Coord.: GÁRATE CASTRO, J.), *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Aranzadi (Navarra, 2011).

² Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, de Servicios, cuyo objeto es «establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios».

³ Esta puntualización en MOLINA NAVARRETE, C., y ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia. Comentario de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», RTSS (CEF), núm. 205, 2000, pp. 5-8.

de competencia—. Con todo y desde otra perspectiva, la imposición por el Estado de acogida de sus condiciones laborales, a menudo más gravosas que las vigentes en el Estado de origen, puede redundar en una restricción a la libre prestación de servicios, señalando el TJUE, con particular énfasis en la última década, que es preciso, por un lado, proteger al prestador de servicios establecido en otro Estado miembro de toda discriminación por razón de la nacionalidad o por el hecho mismo de hallarse establecido en otro Estado miembro y, por otro lado, que es necesario asimismo erradicar toda restricción, aún aplicable indistintamente a empresas nacionales y de otros Estados miembros, susceptible de obstaculizar o dificultar la prestación transnacional de servicios⁴.

Y es que la dicotomía señalada —derechos sociales *versus* libertades económicas—, agudizada tras la incorporación a la entonces CEE de Estados con estándares laborales sensiblemente inferiores —España y Portugal en 1986— generó, en primer término, el pronunciamiento del alto Tribunal Europeo. Así, en el emblemático Asunto Rush Portuguesa —STJCE de 27 de marzo de 1990 (C-113/89)—, en que el TJCE precisa que la libre prestación de servicios ampara el desplazamiento de trabajadores desde el Estado en que se halle establecida la empresa prestataria del servicio —Portugal— al Estado en que éste último se desarrolle —Francia—, cuyas autoridades, por lo demás, no pueden imponer al prestador de servicios disposiciones relativas a la contratación de mano de obra in situ, permiso de trabajo incluido⁵. Conforme a Derecho comunitario, pues, un Estado miembro en ningún caso ha de prohibir a un prestador de

servicios establecido en otro Estado miembro desplazarse libremente por su territorio «con todo su personal», y no cabe asimismo, so pena de incurrir en discriminación, someter el desplazamiento del referido personal a condiciones más restrictivas que las exigidas a los competidores establecidos en el país de acogida⁶. Ahora bien, no se opone, en cambio, el Derecho comunitario a que los Estados, «por medios adecuados al efecto», «extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea con carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario»⁷.

Avalados así, en sede judicial, el desplazamiento de trabajadores contratados en origen y, asimismo, la posible extensión a estos últimos de previsiones normativas o convencionales en vigor en el Estado de acogida, es aprobada Directiva 96/71/CE⁸, entre cuyos múltiples propósitos, sociales y económicos, deben destacarse la garantía de los derechos de los trabajadores y de la leal competencia —Considerando 5—, la identificación del Derecho aplicable en contextos de transnacionalización de las relaciones de trabajo —Considerando 6—, y, tal vez con carácter prioritario, la salvaguardia de la libertad de prestación de servicios —Considerandos 1 y 2—. A tales efectos, la norma de 1996 dispone la obligatoria aplicación a los trabajadores desplazados —en el marco de una subcontratación, a un centro o empresa del mismo grupo en otro Estado o como consecuencia de una puesta a

⁴ SSTJCE Säger, C-76/90, de 25 de julio de 1991, apartado 12; Vander Elst, C-43/93, de 9 de agosto de 1994, apartado 14; Guiot, C-272/94, de 28 de marzo de 1996, apartado 10; Reisebüro Broede C-3/95, apartado 25; Parodi, C-222/95, de 9 de julio de 1997, apartado 18; Arblade, Asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, de 23 de noviembre de 1999, apartado 32.

⁵ En un supuesto similar, *vid.* Asunto Vander Elst, C-43/93, de 9 de agosto de 1994.

⁶ Nuevamente, STJCE de 27 de marzo de 1990, Asunto Rush Portuguesa, C-113/89, apartado 12, posteriormente reiterado en numerosas resoluciones, así en la STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asunto Laval, C-341/05.

⁷ STJCE de 27 de marzo de 1990, Asunto Rush Portuguesa, C-113/89, apartado 19, y, con anterioridad, STJCE de 3 de febrero de 1982, Asuntos acumulados Seco y Desquenne Et Giral, 62/81 y 63/81, apartado 14.

⁸ Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre, de desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, transpuesta internamente por Ley 45/1999, de 29 de noviembre, del mismo título.

disposición⁹— de determinadas condiciones de empleo, «superiores» o más protectoras, vigentes en el Estado de destino¹⁰—concretamente, en el caso de desplazamiento a España¹¹, condiciones de trabajo relativas a «tiempo de trabajo», «cuantía del salario», «igualdad de trato y no discriminación», «trabajo de menores», «prevención de riesgos laborales», «no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial», «respeto de la intimidad y (...) dignidad», e incluso, aún a pesar del silencio de la Directiva en lo relativo a derechos colectivos, «libre sindicación» y «derechos de huelga y de reunión»¹². Cualquiera que sea, pues, la normativa aplicable a la relación laboral del desplazado—generalmente la del Estado de origen—, regirá, en lo relativo a las citadas condiciones y siempre y cuando ello redunde en una mejor protección del trabajador, la correspondiente norma—heterónoma o, en su caso, autónoma—en vigor en el Estado de acogida, atenuándose de este modo las disparidades entre trabajadores desplazados y contratados in situ y, correlativamente, los consiguientes efectos perversos inherentes al desplazamiento. La norma, por consiguiente y según expresa la jurisprudencia, por un lado, vela por una competencia leal entre las empresas nacionales y aquellas que realicen una prestación de servicios transnacional, y, por otro lado, garantiza que los trabajadores desplazados puedan disfrutar de aquellas mejores condiciones de trabajo y empleo en vigor en el Estado receptor¹³.

⁹ Vid. ap. 3 del art. 1 de la Directiva 96/71/CE y art. 2 de la Ley 45/1999.

¹⁰ Vid. art. 3 de la Directiva 96/71/CE.

¹¹ Art. 3 de la Ley 45/1999. Un análisis exhaustivo de la transposición en Derecho interno por GÁRATE CASTRO, J., «La transposición al Derecho español de la Directiva 96/71/CE», en AA.VV. (Coord.: GÁRATE CASTRO, J.), *Desplazamientos transnacionales...*, op. cit., pp. 19 y ss.

¹² Destacando esto último y con un análisis exhaustivo de la Ley española, GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A., «La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», RMTAS, núm. 27, 2000, p. 29.

¹³ Destacando que ambas finalidades no son excluyentes, vid. STJCE de 12 de octubre de 2004, Asunto Wolff & Müller, C-60/93: «no existe necesariamente una contradicción entre el

En cualquier caso, conformando la erradicación de los obstáculos a la libre prestación de servicios y la consecución de un mercado único los objetivos de la Comunidad, como se ha indicado prioritariamente considerados por la norma en análisis (Considerando 1)¹⁴, no persigue la Directiva 96/71/CE una armonización de las legislaciones laborales—cuyo contenido por consiguiente puede ser libremente definido por los Estados miembros¹⁵—, sino la identificación de un «núcleo duro» de «disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas, en el país de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores para la realización de un trabajo temporal en el territorio del Estado miembro de la prestación de servicios» (Considerandos 14 y 13). De modo que perviven no pocas distorsiones, amparadas, por lo demás, por una interpretación del TJUE a menudo favorable a la libre prestación de servicios u otras libertades económicas—señaladamente, de establecimiento—, en detrimento de derechos sociales y laborales.

2. EL PROCESO DE GENERACIÓN DE NUEVAS INICIATIVAS: LA SOMBRA «NO VELADA» DE ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE

2.1. Una interpretación restrictiva en pro de las libertades económicas

Aprobada la Directiva 96/71/CE, en el marco de una Unión más ampliada aún, no ce-

objetivo de mantener la competencia leal, por una parte, y el de garantizar la protección de los trabajadores, por otra. El quinto considerando de la Directiva 96/71 demuestra que estos dos objetivos pueden perseguirse simultáneamente» (apartado 42).

¹⁴ Señalando esto último, STJCE 3 de abril de 2008, Asunto Ruffert, C-346/06, apartado 36: «el objetivo de dicha Directiva consiste, en particular, en la consecución de la libre prestación de servicios, la cual es una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado».

¹⁵ «Respetando el Tratado y los principios generales del Derecho comunitario», según puntualizó el TJUE, así en STJCE de 18 de julio de 2007, Asunto Comisión/Alemania, C-490/04, apartado 19.

san los litigios, emanando una jurisprudencia en esencia proclive a las libertades económicas en conflicto. Conviene señalar, a modo de premisa, que, a la postre, laten en la misma dos debates: por un lado, la ponderación de la legitimidad de estrategias empresariales precisamente fundadas en la disparidad de los internos regímenes jurídico-sociales, conceptualizada como fuente de sustanciosas ventajas competitivas; por otro lado, la conformidad a Derecho europeo de las acciones sindicales reactivas emprendidas, encaminadas, a efectos de protección de trabajadores desplazados y originarios, a la invalidación de las referidas ventajas y, finalmente, a la unificación de condiciones de empleo¹⁶. Dada la notoriedad de los pronunciamientos judiciales a cuyo amparo se construye la referida jurisprudencia –por lo demás ya objeto de pormenorizados estudios¹⁷–, se sintetizan a continuación, con objeto de extraer las líneas de tendencia por la que transcurre la problemática en análisis, sus extremos más destacados.

Así, en el Asunto Viking Line –STJCE de 11 de diciembre de 2007, C-438/05¹⁸– el Tribunal de Justicia precisa que los derechos a adoptar medidas de conflicto y de huelga –ejercitados con objeto de alcanzar un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadir a una empresa de establecerse en otro Estado– sí se hallan comprendidos en el ámbito de aplicación de la

libertad de establecimiento –entonces, art. 43 TCE, hoy art. 49 TFUE¹⁹, aún no siendo la entonces CE competente en la materia –*ex* art. 137 TCE, hoy art. 153.5 TFUE– y pese, incluso, a tratarse de derechos fundamentales. Pues, por un lado, como recuerda a menudo el Tribunal, «aunque en las materias no comprendidas en el ámbito de competencias de la Comunidad, los Estados miembros pueden fijar libremente, en principio, los requisitos de existencia de los derechos de que se trate y las formas de ejercicio de estos derechos, los Estados miembros deben, en el ejercicio de esta competencia, respetar el Derecho comunitario»²⁰. Por otro lado, aún reconociendo expresamente el Tribunal el carácter fundamental del derecho de huelga –circunstancia que no puede dejar de subrayarse positivamente²¹–, señala asimismo que los derechos fundamentales pueden, con todo, someterse a restricciones, debiendo su ejercicio conciliarse con las exigencias derivadas del Tratado y sujetarse

¹⁶ CASTELLI, N., «Derecho de huelga en el espacio europeo y la propuesta de regulación Monti II», RDS, núm. 59, 2012, p. 150.

¹⁷ Entre otros, AA.VV. (Dir.: GOERLICH PESET, J. M.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*, CES (Madrid, 2011); AA.VV. (Coord.: GÁRATE CASTRO, J.), *Desplazamientos transnacionales...*, *op. cit.*; CABEZA PEREIRO, J., «Huelga, conflicto colectivo y libertades comunitarias», en AAVV. (Coords.: CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J.), *El conflicto colectivo y la huelga*, Laborum (Murcia, 2008), pp. 57 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Libre prestación de servicios y Derecho colectivo del Trabajo», TL, núm. 100, 2009, p. 517 y ss.; SCIARRA, S., «Viking y Laval: huelga, convenio colectivo y libertades fundamentales en el Mercado Europeo», RL, Tomo II, 2008, pp. 137 y ss.

¹⁸ Sobre ésta, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso Viking Line», AS, 2007, BIB 2007/2899.

¹⁹ El Tribunal se distancia, de este modo, de un posicionamiento anterior: así, el sentado, entre otros, en el Asunto Albany –STJCE de 21 de septiembre de 1999, C-67/96–, a cuyo tenor «los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos [sociales] no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1 del Tratado» (apartado 60) –sobre dicha sentencia, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Derecho del Trabajo y disciplina de mercado», RL, Tomo 2, 2001, pp. 89 y ss.–, así como en el Asunto Van der Woude, STJCE de 21 de septiembre de 2000, C-222/98 (apartado 22), –sobre esta última, puede consultarse GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del trabajo y Legislación de defensa de la competencia* (Navarra, 2008), pp. 115 y ss.

²⁰ STJCE de 11 de diciembre de 2007, Asunto Viking Line, C-438/05, apartado 40, con cita de los precedentes sobre el particular: las SSTJCE de 28 de abril de 1998, Asunto Decker, C-120/95 (apartados 20 a 25) y Asunto Kohll, C-158/96 (apartados 17 a 21), así como de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C-334/02 (apartado 21) y de 13 de diciembre de 2005, Asunto Marks & Spencer, C-446/03 (apartado 29).

²¹ Aún siendo consecuencia natural de lo dispuesto por el art. 6 TUE, a cuyo tenor, como se recordará, «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

al principio de proporcionalidad²². Premisas que permiten al Tribunal adentrarse en el análisis de una eventual restricción a la libertad de establecimiento, confirmada, a su juicio, habida cuenta la consideración de que las medidas de conflicto planteadas –convocatoria de huelga inclusive– restan atractivo o, incluso utilidad alguna, al ejercicio de la libertad económica. Y si bien no se pronuncia la Sala sobre la concurrencia de justificación –cuestión de la que, a su entender, ha de conocer el órgano remitente–, sí enuncia los requisitos o «triple test» a tal efecto exigidos: que la restricción persiga un «objetivo legítimo compatible con el Tratado», que concurren «razones imperiosas de interés general» –entre las que, expresamente, sitúa la protección de los trabajadores–, y, finalmente, que la misma sea «adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo»²³. Ya en materia de libertad sindical y derecho a la negociación colectiva, merecen destacarse ciertas precisiones: la prohibición, plasmada en Derecho originario, de vulneración de las libertades económicas fundamentales se extiende asimismo a sindicatos y convenios colectivos, susceptibles también de incurrir en restricciones²⁴. Por lo que las empresas pueden oponer aquéllas –particularmente, la libertad de establecimiento, a la que se reconoce eficacia

horizontal directa o *inter privados*– a las acciones sindicales –señaladamente, medidas de conflicto y, según se apunta, tal vez también convenios colectivos²⁵–.

Como es obvio, el impacto de la doctrina analizada es cuando menos notable, en el marco europeo y, al tiempo, en clave interna. El Asunto Viking Line implica un giro sustancial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que abandona la razonable consideración de que los objetivos de política social, también presentes en los Tratados y a cuyo logro contribuyen los derechos fundamentales a plantear medidas de conflicto y de huelga, pueden verse gravemente comprometidos de supeditarse a las libertades económicas²⁶. El ejercicio de tales derechos, salvo justificación –por lo visto, dificultosa–, debe ahora analizarse a la luz de aquéllas, particularmente de la libertad de establecimiento, erigida de este modo en una novedosa herramienta a disposición de los empresarios, con el consiguiente efecto desequilibrante en los internos sistemas de relaciones laborales.

Y del cariz restrictivo de la interpretación del Tribunal de Justicia es muestra, asimismo, el Asunto Laval –STJCE de 18 de diciembre de 2007 (C-341/05)–, en que se precisa que, salvo disfrute en origen de condiciones más favorables, el nivel de protección a garantizar a los trabajadores desplazados se limita al previsto en el art. 3, apartado 1, párrafo primero, letra a) a g) de la Directiva: en el caso concreto, a falta de un sistema interno de declaración de aplicación general de convenios colectivos y no habiéndose valido el Estado receptor de la prerrogativa contemplada por el apartado 8, párrafo 2º, del art. 3 de la Directiva²⁷, exclusi-

²² STJCE de 11 de diciembre de 2007, Asunto Viking Line, C-438/05, apartados 44, 46 y 47, con apoyo en los Asuntos Schmidberger –STJCE de 12 de junio de 2003, C-112/00, apartado 77– y Omega –STJCE de 14 de octubre de 2004, C-36/02, apartado 36–.

²³ STJCE de 11 de diciembre de 2007, Asunto Viking Line, C-438/05, apartados 75 y 90.

²⁴ STJCE de 11 de diciembre de 2007, Asunto Viking Line, C-438/05, apartados 56 a 66, retomando jurisprudencia anterior relativa a la sujeción de agentes privados a las libertades económicas: «la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas y a la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones y organismos que no están sometidos al Derecho público» (apartado 57, con cita de las SSTJCE de 12 de diciembre de 1974, Asunto Walrave, 36/74 y de 15 de febrero de 1995, Asunto Bosman, C-415/93, entre otras).

²⁵ Aún cuando, respecto de estos últimos, juega la ya citada jurisprudencia Albany, fruto de la consideración de la colisión *per se* entre convenios colectivos y derecho de la competencia. Sobre esto último, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «La sumisión del derecho de huelga...», *op. cit.*, p. 5.

²⁶ Asunto Albany –STJCE de 21 de septiembre de 1999, C-67/96 (apartado 59).

²⁷ Precepto que habilita a los Estados miembros, a falta de un sistema de declaración de aplicación general de conve-

vamente aquel fijado por las disposiciones legales²⁸. Y si bien no ha de inferirse de la Directiva, según precisa el apartado 7 de su art. 3, una prohibición de aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores, tal precepto, con todo, «no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima»²⁹. Por lo que, en las circunstancias indicadas, la aplicación del convenio colectivo más favorable y/o referido a materias no enumeradas específicamente en el apartado 1, párrafo 1º, letras a) a g) del art. 3 de la Directiva –toda vez que estas últimas tampoco ostentan la condición de disposiciones de orden público *ex* art. 3.10 de la Directiva, asimismo interpretado restrictivamente³⁰– pende sólo de la voluntaria adhesión por las empresas establecidas en otros Estados miembros, en el marco, en particular, de un compromiso asumido con su personal desplazado.

La interpretación del entonces TJCE resulta, una vez más, particularmente incisiva para con los derechos colectivos de los trabajadores: así, para con la negociación colectiva misma –con el correlativo cuestionamiento de la in-

nios colectivos o laudos arbitrales y siempre que se vele por la igualdad de trato entre empresas nacionales y empresas que desplacen a trabajadores, a considerar aquellos convenios o laudos «que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos», así como a aquellos convenios «celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional».

²⁸ Aún cuando el caso de autos «se inscribe en un contexto nacional caracterizado por la falta de disposiciones, cualquiera que sea su naturaleza, que sean suficientemente precisas y accesibles para evitar que, en la práctica, resulte imposible o excesivamente difícil para la empresa determinar las obligaciones que debe cumplir en materia de salario mínimo», STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asunto Laval, C-341/05, apartado 110.

²⁹ STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asunto Laval, C-341/05, apartado 80.

³⁰ *Vid.* apartados 83 y 84 de la resolución en análisis.

terna organización de un sistema estatal de relaciones colectiva³¹–, pero también para con el derecho a plantear medidas de conflicto y, de modo especial, para con el derecho fundamental de huelga. Pues, emprendidas, en el marco del litigio que suscita el Asunto Laval, medidas de conflicto encaminadas a forzar la referida adhesión al convenio por la empresa prestataria del servicio, el Tribunal precisa que, pese al carácter fundamental del derecho en juego, no se hallan las acciones emprendidas excluidas del Derecho comunitario, debiendo determinarse una eventual incidencia, justificada o no, en la libre prestación de servicios. Análisis que concluye con la consideración de que, para las empresas establecidas en otros Estados miembros, las medidas de conflicto pueden «hacer menos interesante, e incluso más difícil» la prestación de los servicios pactados, por lo que concurre, a juicio del TJCE, restricción a la libre prestación de servicios. Y no se halla la misma justificada en «razones imperiosas de interés general», pues, aún siendo susceptibles de considerarse tales la protección de los trabajadores del Estado de acogida frente a prácticas de «dumping social» y, más aún, la garantía a los desplazados de determinadas condiciones de trabajo y empleo, ambos objetivos se hallan, según el Tribunal, asumidos ya por la Directiva 96/71/CE, mediante la imposición a la empresa prestataria de servicios transnacionales de un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima en el Estado de acogida³².

Y sobre la identificación, en un supuesto concreto, del referido núcleo versa asimismo el Asunto Ruffert –STJCE de 3 de abril de 2008 (C-346/06)–. En este último, el Tribunal procede a una interpretación restrictiva de los requisitos impuestos por la norma europea para la aplicación de los convenios colectivos a los trabajadores desplazados, en particular, del art. 3.8, párrafo primero, de la Directiva,

³¹ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «De nuevo sobre la ley aplicable en los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores: el caso Laval», RL, 2008, Tomo II, p. 211.

³² *Vid.* apartados 99 y ss. de STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asunto Laval, C-341/05.

conforme al cual, rigiendo en el Estado de acogida un sistema de declaración de aplicación *erga omnes* de convenios colectivos –de extensión, por así decirlo, de su eficacia, en principio limitada–³³, deben asimismo entenderse como tales, a falta de reconocimiento expreso, «aquellos (...) que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate». Por lo que, no considerándose tal el convenio aplicable exclusivamente a la construcción pública, con exclusión de la de carácter privado, el condicionamiento legal de la adjudicación del contrato público al cumplimiento de su cumplimiento por la adjudicataria –inclusive por empresas establecidas en otro Estado miembro– es considerada, por el Tribunal de Justicia, injustificadamente contraria a la Directiva 96/71/CE. Pues, la exigencia de pago de salarios más elevados, precisamente contemplados por el convenio cuya aplicabilidad se dirime, redundan en una «carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida»³⁴. E insiste asimismo el Tribunal, en línea con lo sentado en el precedente Asunto Laval, en la interpretación restrictiva del art. 3.7 de la Directiva, a cuyo amparo no cabe, según la Sala, imponer mejoras internas. Por lo que, señalando la norma europea el grado de protección máximo exigible –en el caso concreto, el salario máximo exigible– a las empresas establecidas en otros Estados, la misma conforma, hoy por hoy, una mera norma de máximos o «techo»³⁵. El Asunto Ruffert,

de este modo, se erige en nueva muestra del impacto de las libertades económicas europeas en los marcos laborales estatales, en los sistemas de relaciones colectivas y, de modo más preciso, en los mecanismos convencionales de fijación del salario mínimo debido, cuya eficacia resulta cuando menos cuestionada.

Desde otra perspectiva, también a efectos de transposición por los Estados Miembros, el Tribunal ha defendido una exégesis no extensiva de la norma europea, particularmente del art. 3.1, párrafo primero, siendo paradigmática, sobre el particular, la STJCE de 19 de junio de 2008, Asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra Luxemburgo (C-319/06). Según esta última, en efecto, la referida disposición señala, «con carácter exhaustivo», aquellas concretas materias respecto de las cuales los Estados de acogida pueden hacer prevalecer sus previsiones internas, resultando vetada, salvo reserva de orden público *ex art. 3.10*, toda ampliación. Y restringe asimismo el Tribunal el recurso a la referida reserva, «excepción al principio fundamental de libre prestación de servicios»³⁶, en cuyo seno sólo cabe albergar disposiciones «necesarias y proporcionadas»³⁷, que, «por su naturaleza y su objetivo, responden a las exigencias imperativas de interés público»³⁸, «en la medida [además] en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido»³⁹. Incluso, desde una perspectiva

³³ En Alemania, si bien los convenios carecen en principio de eficacia general, obligando –y beneficiando–, consecuentemente, a trabajadores y empresarios afiliados a los sindicatos y patronales firmantes, si existen, con todo, mecanismos de extensión de su eficacia o de declaración de aplicación general de los mismos en ámbitos determinados. Una descripción sucinta del sistema alemán, en cuyo marco surge el caso Ruffert, en GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte Tercera): el Caso Ruffert», AS, 2008, BIB 2008/989, p. 4.

³⁴ STJCE de 3 de abril de 2008, Asunto Ruffert, C-346/06, apartado 37.

³⁵ STJCE de 3 de abril de 2008, Asunto Ruffert, C-346/06, apartado 33. Señalando que la consecuencia práctica es que el

ejercicio del principio de libre prestación de servicios se convierte en un pretexto –o «antídoto»– para eludir la aplicación de la normativa laboral vigente en el Estado en el que se van a prestar los servicios, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Libre prestación de servicios y Derecho colectivo...», *op. cit.*, p. 546, así como, del mismo autor, «El caso Ruffert, ¿una constitucionalización del dumping social?» RL, Tomo II, 2008, p. 213 y ss.

³⁶ STJCE de 19 de junio de 2008, Asunto Comisión/Luxemburgo (C-319/06), apartados 26 y 49.

³⁷ STJCE de 19 de junio de 2008, Asunto Comisión/Luxemburgo (C-319/06), apartados 26 y 20, apartado 52.

³⁸ STJCE de 19 de junio de 2008, Asunto Comisión/Luxemburgo (C-319/06), apartado 20.

³⁹ STJCE de 19 de junio de 2008, Asunto Comisión/Luxemburgo (C-319/06), apartado 43. Así, no son disposiciones de orden público las prescripciones relativas a la formalización

ya formal, aquellos requerimientos dispuestos en el orden interno a efectos de inspección – así, de comunicación del desplazamiento o de suministro de documentación–, deben, so pena de vulneración de la libre prestación de servicios, sujetarse al correspondiente test de proporcionalidad, procurando no redundar injustificadamente en cargas adicionales disuasorias para las empresas establecidas en otro Estado miembro⁴⁰.

Frente a la jurisprudencia glosada se alzaron múltiples voces, doctrinales⁴¹ y, cómo no, sindicales, apelando, en particular, a la necesidad de articular «una cláusula de progreso social en el derecho primario», así como instrumentos para equilibrar, ya en la aplicación del derecho derivado, «circulación de trabajadores y servicios, derechos fundamentales y normas de competencia». Así, con objeto de reforzar el ignorado 22º Considerando de la Directiva 96/71/CE⁴², a través de la expresa inserción de una cláusula de salvaguarda o «cláusula Monti»⁴³, al estilo de los arts. 2 del Reglamento 2679/1998⁴⁴ o

del contrato –ya exigidas en origen en aplicación de la Directiva 91/533/CE–, a una obligada y generalizada actualización salarial –esto es, no predicada respecto de salarios mínimos exclusivamente–, a contratación a tiempo parcial o de duración determinada –cuyo cumplimiento, conforme a las Directivas 97/81/CE y 1999/70/CE, debe garantizar nuevamente el Estado de envío–, o a convenios colectivos –aún no declarados de aplicación general–.

⁴⁰ Vid. apartados 75 y ss. de la referida STJCE de 19 de junio de 2008.

⁴¹ Es de reseñar la carta abierta dirigida, en junio de 2009, por más de un centenar de juristas, particularmente laboristas, a los Jefes de Estado o de Gobierno, expresando su preocupación por el deterioro de los derechos sociales fundamentales implícito en las sentencias del TJUE. Vid.: <http://www.etui.org>

⁴² Según la cual, como se recordará, la referida Directiva «no afecta la situación de la normativa de los Estados miembros en materia de acción colectiva para la defensa de los intereses profesionales.

⁴³ Vid. Resolución de la CES sobre «Un nuevo impulso social para la estrategia del mercado interior 2010-2015», aprobada por el Comité Ejecutivo en su reunión del 9 al 10 de marzo de 2010, disponible en <http://www.etuc.org/>

⁴⁴ Según el citado precepto del llamado «Reglamento Monti», sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros, «El presente Reglamento no deberá interpretarse en

1.7 de la Directiva 123/2006⁴⁵. Apoyando, aún parcialmente, las referidas propuestas se ha pronunciado el Comité Económico y Social Europeo (CESE) que aboga por una revisión parcial de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores «a fin de aplicar el principio de lugar de trabajo de una manera más coherente», garantizando la aplicación de «las mismas condiciones de trabajo y de remuneración para el mismo trabajo en el mismo lugar»⁴⁶. Incluso el Parlamento Europeo, en la Resolución de 22 de octubre de 2008 –«Retos para los convenios colectivos europeos»–, señaló que «la libre prestación de servicios (...) debe equilibrarse con los derechos fundamentales y los objetivos sociales del Tratado», pues «no contradice, ni está por encima del derecho fundamental de los interlocutores sociales a promover el diálogo social y a emprender acciones colectivas»⁴⁷. Ya en el plano internacional, también la OIT ha destacado el «significativo» «efecto restrictivo» de la jurisprudencia analizada, en particular sobre el ejercicio del derecho de huelga⁴⁸.

el sentido de que afecta en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad de huelga. Estos derechos podrán incluir asimismo el derecho o libertad de emprender otras acciones contempladas por los sistemas específicos de relaciones laborales en los Estados miembros».

⁴⁵ A cuyo tenor: «La presente Directiva no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y en el Derecho comunitario. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales conformes al Derecho comunitario».

⁴⁶ A más largo plazo, el CESE propone reforzar la dimensión social de la UE, a cuyos efectos «se podría pensar en modificar el Tratado para lograr este objetivo». Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La dimensión social del mercado interior» (Dictamen de iniciativa), (2011/C 44/15, DOUE de 11-2-2011).

⁴⁷ 2008/2085(INI), disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0513+0+DOC+XML+V0//ES>

⁴⁸ 99ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1A), (Ginebra, 2010), p. 221. Documento disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2010-99-1A\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2010-99-1A).pdf)

2.2. Otras dificultades aplicativas

Aún sin abandonar el referido cariz restrictivo, otras resoluciones ponen de manifiesto dificultades puramente aplicativas de la Directiva 96/71/CE. Así en la STJUE de 18 de septiembre de 2014, Asunto Bundesdruckerei, C-549/13, en el marco de un litigio con notables similitudes con aquél que generó el Caso Ruffert, el Tribunal circunscribe el ámbito de aplicación de la Directiva: precisa, en efecto, con ocasión precisamente de una licitación pública, que no se integra en el mismo aquella condición, prevista en el correspondiente pliego, según la cual adjudicatario y subcontratistas han de pagar a sus respectivos trabajadores el salario mínimo exigido por la normativa de aplicación en el lugar en que se halla la adjudicadora. Pues, en el Asunto de 2014, al contrario que en el Caso Ruffert, los trabajadores de la subcontratista, establecida en otro Estado miembro, desempeñan su actividad –de digitalización de documentos y de tratamiento de datos– exclusivamente en el territorio del referido otro Estado, por lo que no concurre desplazamiento alguno susceptible de análisis a la luz de la Directiva 96/71/CE. Lo que no excluye, con todo, la apreciación de una práctica contraria al art. 56 TFUE, al considerar, con cita del Asunto Ruffert, que la imposición del citado salario mínimo «constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de prestaciones en el Estado miembro de acogida»⁴⁹, privando a los subcontratistas establecidos en otro Estado miembro, «de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios mínimos respectivos»⁵⁰. Aún hallándose el citado supuesto extramuros del estricto objeto del presente análisis, no puede dejar de subrayarse, habida cuenta la probable prolifera-

ción de contratos internacionales vinculadas a las nuevas tecnologías y consecuentemente no determinantes de desplazamientos, el amparo explícito del Tribunal al «dumping social», insensible, en cambio, a la correlativa desventaja competitiva de los licitadores establecidos en el Estado de la entidad adjudicadora⁵¹.

Los mecanismos dispuestos por los Estados implicados para garantizar el cumplimiento efectivo de la Directiva 96/71/CE y, en virtud de ésta, de aquellas condiciones de trabajo y empleo imperativas en el Estado de acogida, también han generado destacados pronunciamientos del TJUE, en términos generales, sensible a la fundada preocupación por la exigua efectividad práctica de la norma europea. Por ello, el TJUE refrenda la facultad de los Estados miembros de verificar, dentro del respeto de los Tratados, la observancia del Derecho de la UE y de las correspondientes disposiciones nacionales, al conformar las razones imperiosas de interés general que justifican las disposiciones sustantivas de una normativa –la protección de los trabajadores, la prevención de la competencia desleal y la lucha contra el «dumping social»–, fundamentos, asimismo, de aquellas medidas de inspección necesarias para garantizar su cumplimiento –STJUE de 7 de octubre de 2010, Caso Santos Palhota, C-515/08⁵²–. Doctrina a cuyo amparo la obligación, impuesta al empleador establecido en otro Estado miembro, de previa declaración a las autoridades competentes del Estado de acogida –del desplazamiento mismo, de su duración estimada y de la prestación o prestaciones que lo motivan–, ha sido calificada como «me-

⁴⁹ STJUE de 18 de septiembre de 2014, Asunto Bundesdruckerei, C-549/13, apartado 30.

⁵⁰ STJUE de 18 de septiembre de 2014, Asunto Bundesdruckerei, C-549/13, apartado 34.

⁵¹ ESTEVE SEGARRA, A., «Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social», IL, núm. 6, 2015, BIB 2015/2560, p. 10.

⁵² Apartado 48. También en este sentido, *vid.* STJCE de 19 de enero de 2006, Asunto Comisión/Alemania, C-244/04, apartado 45, en que, con todo, se considera desproporcionada y, consecuentemente, injustificadamente restrictiva de la libre prestación de servicios, la exigencia de una previa contratación, de al menos un año, en la empresa que efectúa el desplazamiento (apartados 52 y 53).

dida eficaz y proporcionada»⁵³. Y, conforme a la construcción referida, se considera igualmente ajustada a Derecho –arts. 56 y 57 TFUE– la obligación, impuesta en este caso con carácter subsidiario a los destinatarios de los servicios, de comunicación a las autoridades competentes del Estado receptor de los datos identificativos de aquellos trabajadores desplazados, respecto de los cuales no conste previa notificación de su empleador –STJUE de 3 de diciembre de 2014, Asunto De Clercq, C-315/13⁵⁴–.

A pesar de los esfuerzos de control de los Estados miembros, particularmente de los países receptores, sus resultados, en términos de efectividad práctica, resultan cuando menos discutibles. Junto con la omnipresente exigencia de cohonestar la labor de inspección con la garantía de la libre prestación de servicios, concurren asimismo circunstancias, de orden doméstico, que entorpecen el efectivo cumplimiento de la Directiva: así, el difícil acceso a la información laboral pertinente –esto es, a las condiciones de trabajo imperativas en cada Estado–, la complejidad de la cooperación entre administraciones o la escasa eficacia disuasoria de las sanciones dispuestas. Por ello, precisamente, se ha apelado con urgencia, «a corto plazo», a constituir «una interpol europea de asuntos sociales» que respalde las actividades de las inspecciones laborales de los diferentes Estados miembros⁵⁵.

⁵³ STJUE de 7 de octubre de 2010, Caso Santos Palhota, C-515/08, apartados 51, 53 y 54. No es adecuado, con todo, «al ir más allá de lo necesario para garantizar la protección de los trabajadores desplazados», un procedimiento como el enjuiciado en el referido asunto, que contemple, además de la declaración misma del empleador, un registro de la declaración y una posterior notificación de tal registro (apartado 52).

⁵⁴ Debe destacarse, con todo, que no resultó de aplicación al caso, *ratione temporis*, la Directiva 123/2006, de 12 de diciembre, de libre prestación de servicios (apartados 49, 50 y 51), cuyo art. 19 dispone: «Los Estados miembros no podrán imponer al destinatario requisitos que restrinjan la utilización de servicios prestados por un prestador establecido en otro Estado miembro, en particular los siguientes: a) obligación de obtener una autorización de las autoridades competentes nacionales o de hacer una declaración ante ellas».

⁵⁵ Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La dimensión social del mercado interior» (Dictamen de iniciativa), (2011/C 44/15, DOUE de 11-2-2011).

3. LA RESPUESTA EUROPEA

3.1. *Ab origine...* el «Informe Monti»

La respuesta europea sólo alcanzar a comprenderse previo análisis del Informe «Una nueva estrategia para el mercado único al servicio de la economía y de la sociedad de Europa», más conocido como «Informe Monti»⁵⁶, fruto, a su vez, del encargo expreso del Presidente de la Comisión de efectuar «aportaciones útiles y valiosas» para contribuir al objetivo estratégico de «relanzamiento del Mercado Único». Y es que las soluciones propuestas por las instituciones europeas se gestan en un contexto social y político, fruto de la crisis, de abierta hostilidad de amplios sectores de la opinión pública hacia el modelo europeo de mercado interior y desde la necesidad, en consecuencia, de proceder a su reafirmación. El «Informe Monti», lejos de cuestionar la fórmula, sitúa la misma en la centralidad de la apuesta europea por una «economía social de mercado» (art. 3.3 TUE), ensalzando sus frutos –en términos de crecimiento y empleo– y abogando por su pública defensa enérgica –con objeto de revertir una percepción social considerada equivocada–, pero también por su culminación o perfección –al conformar su pleno despliegue garantía y condición de progreso, económico y social–.

Desde el enfoque glosado y descartada toda intervención en Derecho originario –ya con objeto de introducir una «cláusula de progreso social» en el sentido propuesto por los sindicatos, ya con objeto de asumir competencias en materia de derechos colectivos–, el «Informe Monti» sugiere una acción orientada, en primer término, a mejorar la coordinación entre derechos sociales y libertades económicas, garantizando «un ámbito de actuación adecuado» para

⁵⁶ MONTI, M., «Una nueva estrategia para el mercado único al servicio de la economía y de la sociedad de Europa», Informe al Presidente de la Comisión Europea, José Manuel Barroso, de 9 de mayo de 2010, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_es.pdf.

sindicatos y trabajadores⁵⁷. Un perímetro de operatividad, por así decirlo, que, al igual que en el Reglamento 2679/98 –modelo al efecto–, otorgaría una disposición garantista para con los derechos sociales en conflicto, la llamada «cláusula Monti». La propuesta en análisis, al margen de otras cuestiones más accesorias⁵⁸, gira asimismo en torno a la necesidad de revisar la Directiva 96/71/CE en orden a resolver deficiencias prácticas y «ambigüedades» que dificultan su efectivo cumplimiento, «facilitando el acceso a la información, reforzando la cooperación entre las administraciones nacionales y sancionando mejor los abusos»⁵⁹.

Fruto del «Informe Monti» fueron elaborados, con distinta fortuna, sendos proyectos de Reglamento y Directiva: mientras el conocido como «Reglamento Monti II»⁶⁰ fue finalmente retirado⁶¹, sí se aprobó, en cambio, la Directiva 2014/67/UE, seguidamente analizada, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva de 1996. Pero aún siendo aquél un proyecto frustrado, resulta útil al presente debate valorar, siquiera sucintamente, alguno de sus aspectos más controvertidos: en el «Reglamento Monti II» anidaba, en efecto, –de ahí, el rechazo suscitado– una contradicción intrínseca a

la postre conducente al reconocimiento, ya en un instrumento de aplicación directa, del potencial impacto restrictivo de las libertades económicas en los marcos sociales internos, especialmente en los derechos fundamentales de carácter colectivo. Pues si bien, por un lado, integraba la referida «cláusula Monti» –art 1.2–. Por otro lado, sentaba asimismo el principio general de respeto mutuo entre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, por una parte, y derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto, incluido el derecho de huelga, por otra, –art 2 del texto en análisis⁶²–. Lo que implicaba situar lo social en el radio de acción de lo económico y abocaba, particularmente en un contexto de economía abierta y libre competencia, a la configuración de una única hipótesis de conflicto: al procurar la acción sindical incidir en las reglas de mercado, su legitimidad debía ponderarse, con el consiguiente impacto en la autonomía colectiva de los agentes sociales, a la luz de las libertades económicas concernidas, en términos, por consiguiente, de adecuación –a efectos de consecución de un objetivo legítimo–, de necesidad y de proporcionalidad. El retorno a la doctrina «Viking-Laval» era, pues, evidente⁶³.

3.2. La Directiva 2014/67/UE

Retirada la propuesta de Reglamento y si bien ambos instrumentos se configuraron como complementarios, sólo la Directiva «de garantía» es finalmente aprobada⁶⁴. Ésta, a

⁵⁷ MONTI, M., «Una nueva estrategia para el mercado único...», *op. cit.*, p. 73.

⁵⁸ Así, por ejemplo, la implantación de un sistema de resolución informal de litigios relativos a la aplicación de la Directiva «cuando aquellos supongan el riesgo significativo para el funcionamiento del mercado único», MONTI, M., «Una nueva estrategia para el mercado único...», *op. cit.*, p. 74.

⁵⁹ MONTI, M., «Una nueva estrategia para el mercado único...», *op. cit.*, p. 72.

⁶⁰ *Vid.* Propuesta, de 21 de marzo de 2012, de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, COM (2012) 130 final. La denominación «Monti II» se debe a que es la versión modificada de una primera propuesta de 13 de abril de 2011 (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0206&from=EN>).

⁶¹ Es de reseñar que, por vez primera desde su implantación, 12 parlamentos nacionales emitieron, a través del «denominado yellow card procedure» (Protocolo núm. 2 «Sobre la aplicación de los principios de subsidiaridad y proporcionalidad» del Tratado de Lisboa), una «tarjeta amarilla» a la propuesta de la Comisión.

⁶² A cuyo tenor: «el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios consagradas en el Tratado respetará el derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o libertad de huelga, y, a la inversa, el ejercicio del derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga, respetará esas libertades económicas».

⁶³ Sobre el «Reglamento Monti II», *vid.* CASTELLI, N., «Derecho de huelga en el espacio europeo...», *op. cit.*, p. 159 y ss.

⁶⁴ Sobre ésta, *vid.* TORMOS PÉREZ, J. A., «De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la Directiva 2014/67/UE», IL, núm. 5, 2015, BIB 2015/1860, p. 5; así como FOTINOPOLOU BASURKO, O., «Panorámica general de la Directiva 2014/167/UE, de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacionales», RDS, nº 70; GUAMCÍN

pesar de la insistente demanda de organizaciones sindicales e, incluso, de algunos Estados miembros –particularmente, receptores–, en modo alguno se propone revisar –completar– aquel núcleo normativo de preceptiva aplicación a los trabajadores desplazados. La Directiva 2014/67/UE –aún no transpuesta al ordenamiento jurídico español⁶⁵–, ni sustituye, ni altera la de 1996, sino que, a modo de complemento o refuerzo a esta última, persigue garantizar un «nivel apropiado de protección de los derechos de los trabajadores desplazados» a través del cumplimiento efectivo de la misma Directiva 96/71/CE, particularmente de su artículo tercero⁶⁶.

Es de reseñar, con todo, que la Directiva 2014/67/UE sí acoge, siguiendo al efecto la recomendación expresada en el Informe remitido al presidente de la Comisión⁶⁷, la denominada «cláusula Monti», al declarar no afectar «en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados Miembros y a nivel de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados Miembros», así como «al derecho a negociar, celebrar y hacer cumplir convenios colectivos y adoptar medidas de conflicto colectivo de acuerdo con el Derecho o las prácticas nacionales» (art. 1.2). La inclusión de la citada referencia, sin duda, debe celebrarse, más cuando no resulta ya acompañada del más arriba referido principio de respeto mutuo (art. 2 de la frustrada propuesta de Reglamento). Con todo, su configuración misma suscita no pocas dudas: la protección deparada, en efecto, no es fruto del Derecho de la UE –que carece de competencias sobre el particular–, sino de una suerte de excepción al mismo. La aproximación es pues si-

milar a la efectuada por el Tribunal de Luxemburgo, a su vez pareja a la del Derecho inglés, al concebir la huelga como una «inmunidad», en consecuencia «constantemente acosada por los Tribunales»⁶⁸. Su signo y su utilidad práctica penden, por lo demás, de la interpretación que de la misma realice el TJUE, conformando los pronunciamientos recaídos hasta el momento precedentes poco halagüeños.

Ya con objeto de garantizar el cumplimiento efectivo de la Directiva 96/71/CE, para prevenir, en particular, «abusos y elusiones», la Directiva 2014/67/UE arbitra instrumentos prácticos dirigidos, en primer término, a la identificación misma del desplazamiento temporal. Así, su art. 4 dispone un listado no exhaustivo de elementos fácticos o factores indicativos cuya valoración global por las autoridades competentes ha de permitir la comprobación, por un lado, de que la empleadora efectivamente se halla establecida en el Estado de origen –entre otros, lugar en que la empresa ostenta «su domicilio social y su sede administrativa, ocupa espacio de oficina, paga sus impuestos y cotizaciones a la Seguridad Social»– y de que el trabajador, por otro lado, efectivamente es un desplazado –así, si éste «regresa o está previsto que vuelva a trabajar al Estado miembro desde el que se desplaza». Como es evidente, la previsión glosada persigue, fundamentalmente, evitar desplazamientos simulados mediante la creación, en Estados con bajos costes sociales y con objeto de beneficiarse de estos últimos, de empresas «fantasma»⁶⁹.

De apreciarse, conforme a lo expuesto, la efectiva concurrencia de un desplazamiento temporal, la Directiva 2014/67/UE dispone asimismo los mecanismos, administrativos y de gestión, encaminados a la recta aplicación de las reglas establecidas en la norma de 1996. Así, en desarrollo de lo ya prevenido por esta

HERNÁNDEZ, A., «La propuesta de reforma de la Directiva 36/71 de desplazamiento de trabajadores en el marco del Plan de Trabajo de la CE para 2016», RDS, nº 73, 2016.

⁶⁵ El plazo para ello finaliza el próximo 18 de junio de 2016 (art. 23).

⁶⁶ Art. 1.1 de la Directiva 2014/67/UE.

⁶⁷ MONTI, M., «Una nueva estrategia para el mercado único...», *op. cit.*, p. 74 y 75.

⁶⁸ Esta valoración de la jurisprudencia pre-Lisboa del TJUE en CABEZA PEREIRO, J., «El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga», REDT, núm. 156, 2012, p. 57.

⁶⁹ TORMOS PÉREZ, J. A., «De nuevo sobre el desplazamiento temporal...», *op. cit.*, p. 7.

última (art. 4), la Directiva de garantía (art. 3) establece la obligatoria designación por los Estados miembros de una o más autoridades competentes, a cuya estrecha cooperación y asistencia mutua, «sin demoras injustificadas», apela expresamente (art. 6⁷⁰). Y también pretende la nueva Directiva mejorar el acceso a las condiciones de trabajo de obligatoria observancia por los prestadores de servicios, debiendo la información relativa a las mismas proporcionarse «gratuita y públicamente de una manera clara, transparente, inteligible y fácilmente accesible», así en un «sitio web oficial único a escala nacional» (art. 5).

Procurando dar respuesta a algunas de las problemáticas planteadas por la aplicación práctica de la Directiva 96/71/CE –si bien, tal vez, las de menor enjundia–, la Directiva de 2014 regula las medidas estatales de control, como se ha indicado, no abordadas por la Directiva 96/71/CE, pudiendo los Estados, hasta entonces y, eso sí, en el marco de los Tratados, establecer las que estimaran convenientes (Asuntos De Clercq y Santos Palhota anteriormente analizados). Sobre el particular, la Directiva en análisis dispone ahora que «los Estados miembros sólo podrán imponer los requisitos administrativos y las medidas de control que sean necesarios para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones que contemplan la presente Directiva y la Directiva 96/71/CE, siempre que estén justificados y sean proporcionados de conformidad con el Derecho de la UE», señalando a continuación medidas concretas susceptibles de arbitrarse. Así, «en particular», la obligación del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro de presentar una declaración «simple» ante las autoridades competentes del Estado de acogida, a más tardar cuando comience la prestación de servicios, en la que se consigne, «en particular», la información siguiente: identidad del prestador de servicios, «número de trabajadores desplazados claramente identificables», persona que

actúe a modo de «enlace» con las autoridades competentes del Estado miembro de acogida, representante a cuyo través los interlocutores sociales puedan intentar que el prestador de servicios participe en negociaciones colectivas en el Estado miembro de acogida, duración y fechas de inicio y finalización previsibles del desplazamiento, dirección o direcciones del lugar de trabajo y naturaleza de los servicios que justifican el desplazamiento. Si bien tanto los extremos susceptibles de figurar en la declaración, como esta última y otras posibles medidas de inspección, son enunciados a todas luces a modo de *numerus apertus*, es previsible, en línea con la jurisprudencia anterior, una interpretación restrictiva del TJUE, amparada ahora en la expresa y exclusiva autorización de medidas de control «necesarias», «justificadas» y «proporcionadas». Por lo que no es aventurado predecir una especial reticencia del Tribunal en validar prácticas nacionales que se distancien de las explícitamente referidas.

Ya en el Capítulo V y bajo la rúbrica «Garantía de cumplimiento», la norma en análisis emprende el desarrollo de los mandatos escuetamente expresados por el art. 5 de la Directiva 96/71/CE, a cuyo tenor, como se recordará, «los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas en caso de incumplimiento», velando, en particular, «por que los trabajadores o sus representantes dispongan [a tal efecto] de procedimientos adecuados». Sin duda, entre las medidas dispuestas, ha de destacarse la recogida en el art. 12 de la Directiva 2014/67/CE, a cuyo amparo pueden los Estados miembros adoptar medidas encaminadas a garantizar que, en las cadenas de subcontratación, el trabajador desplazado «pueda hacer responsable al contratista del que sea subcontratista directo el empleador o prestador de servicios (...), además de al empleador o en su lugar, respecto a cualquier remuneración neta pendiente correspondiente a las cuantías de salario mínimo o a las cotizaciones adeudadas a fondos o instituciones comunes de los interlocutores sociales en la medida en que les sea aplicable el art. 3 de la Directiva 96/71/CE».

⁷⁰ Que indica, a tal efecto (apartados 2 y 3), posibles manifestaciones de la referida cooperación administrativa.

En línea con la doctrina sentada en el Asunto Wolff & Müller⁷¹, la Directiva de 2014 acoge pues el modelo de responsabilidad solidaria en las cadenas de subcontratación, cuya implementación efectiva, previa consulta con los agentes sociales y conforme al Derecho y prácticas internas, es facultativa para los Estados miembros⁷².

Sin duda y a falta de una revisión más ambiciosa del marco normativo en la materia, las garantías arbitradas por la Directiva 2014/67/UE merecen una positiva acogida, siendo de esperar una rigurosa transposición en los órdenes internos, también el español. Pues, si bien son reconocibles en el nuevo texto algunas medidas ya implantadas por el legislador con ocasión de la aprobación de la Ley 45/1999 –así, entre las medidas de control, las obligaciones de comunicación de desplazamiento o de comparecencia y aportación de documentos, *ex arts. 5 y 6 de la referida Ley*– es necesaria, con todo, una exhaustiva revisión o desarrollo de la misma, en orden, en particular, a la implantación de medidas más novedosas –así en materia de ejecución transfronteriza de sanciones y multas administrativas– o más precisamente definidas –por ejemplo en lo relativo a cooperación administrativa–.

4. DIAGNÓSTICO DE SITUACIÓN Y LÍNEAS DE TENDENCIA

Sin duda, en los últimos años, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha experimentado cambios sustanciales, por ejemplo STJUE de 12 de febrero de 2015. Si bien, en el conflicto entre lo social y lo económico, éste jamás alcanzó el papel de vanguardia y ac-

tivismo social, generador, en materias como la igualdad y la no discriminación, de una doctrina sumamente progresista, sí resulta evidente el giro conceptual e ideológico experimentado. Los Asuntos Viking, Laval y Ruffert ilustran el abandono de la resolución ecuánime y equilibrada –a un tiempo y conforme a los propósitos expresos de la Directiva 96/71/CE, protectora de los derechos de los trabajadores y de la leal competencia–, adoptando el Tribunal un enfoque novedoso y partidista. Los derechos sociales, inclusive fundamentales –así, los derechos a la negociación colectiva o de huelga–, se perciben desde entonces como potenciales obstáculos a las libertades económicas, cuya protección, en pro del mercado único, deviene legítimo priorizar. La Directiva 96/71/CE, objeto de una interpretación lineal de signo eminentemente restrictivo, se erige en norma de máximos. A su amparo, la ventaja competitiva fruto de la disparidad de los estándares sociales de los Estados implicados –o «dumping social»– es objeto de fomento explícito, con el consiguiente efecto «presión a la baja» en los internos sistemas de protección de los trabajadores⁷³. Y no se hallan en el Derecho de la UE, aún tras el Tratado de Lisboa, signos de esperanza. Pues, la UE carece precisamente de competencias en aquellas materias que interactúan con las libertades económicas –«remuneraciones, derecho de asociación y sindicación [y] derecho de huelga» *ex art. 153.5 TFUE*–. Y no se erige la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), pese a ostentar rango de Derecho originario (art. 6 TUE), en motor de cambio de la jurisprudencia del TJUE⁷⁴. Pues, aún siendo los

⁷¹ STJCE de 12 de octubre de 2004 (C-60/03).

⁷² TORMOS PÉREZ, J. A., «De nuevo sobre el desplazamiento temporal...», *op. cit.*, p. 8. También en el citado Capítulo V, dispone la Directiva 2014/67/UE reglas en materia de competencia judicial –en desarrollo de lo dispuesto por el art. 6 de la Directiva de 1996–, así como un sistema de ejecución transfronteriza de sanciones pecuniarias, con objeto de solventar las dificultades de notificación y cobro en el caso de empresas establecidas en otro Estado miembro.

⁷³ ESTEVE SEGARRA, A., «Un balance...», *op. cit.*, p. 10, con cita de la STJCE de 25 de octubre de 2001, Asunto Finalarte y otros, asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98.

⁷⁴ Aún cuando el referido precepto –apartados 2 y 3, respectivamente– señala asimismo que la Unión, por un lado, «se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas» –objeto por lo demás de una doctrina expansiva– y que, por otro lado, los derechos fundamentales garantizados por aquél, así como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a

derechos de negociación colectiva y de acción colectiva –huelga inclusive– objeto de reconocimiento expreso en el marco europeo (art. 28 CDFUE), su concepción limitada⁷⁵, junto con las reservas explícitas a su eficacia (art. 52 CDFUE)⁷⁶, determinan que, sólo en escasas ocasiones y con carácter además puramente accesorio, el Tribunal fundamente sus posiciones en el referido texto⁷⁷. Por otro lado, aún siendo loable la voluntad garantista que anima la nueva Directiva 2014/67/UE, que, sin duda, contribuirá a evitar elusiones hoy por hoy relativamente frecuentes, no aborda ésta la problemática sustancial, cual es el grado mismo de amparo de que han de gozar los desplazados e, incluso, dada la inevitable fricción entre lo económico y lo social, la salvaguarda de este último, *en pro*, precisamente, de la protección de los trabajadores. A tales efectos, ante la clara predilección del TJUE por los planteamientos mercantilistas –a la que, como es evidente, son permeables jueces y tribunales internos–, la inclusión de la «cláusula Monti» ofrece escasas garantías. Su operatividad, a modo de cláusula de salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos en los ámbitos estatales, resulta, de entrada, lastrada por su misma configuración: conforma una mera excepción a un cuadro normativo, mantenido inalterado, en que las libertades económicas

los Estados miembros «formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

⁷⁵ Es de reseñar no sólo el reconocimiento de los citados derechos «de conformidad con el Derecho de la UE», sino también la expresa vinculación de acciones colectiva y huelga a «conflictos de intereses» y por ende a la misma negociación colectiva.

⁷⁶ Sobre el particular, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», RL, núm. 10, 2014, p. 1 y ss.

⁷⁷ Entre las resoluciones «post-Lisboa» que persisten en la línea de sujeción de los derechos sociales a las libertades económicas, puede citarse, entre otras, la STJUE de 15 de julio de 2010, Asunto Comisión/Alemania (C-271/08) –en un conflicto entre derecho a la negociación colectiva, por un lado, y Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, por otro lado–.

en conflicto gozan de reconocimiento al más alto nivel. Más que la generación de un ámbito de inmunidad y a falta de efecto horizontal directo de los derechos reconocidos en la CDFUE, una intervención decidida en la materia pasa por la revisión, en clave social, del proyecto europeo, situando, a través de la correspondiente intervención en Derecho primario, a los derechos fundamentales de los trabajadores, particularmente los aquí cuestionados derechos colectivos, en idéntico nivel al de las libertades económicas. Conviene, en dicho sentido, estar atentos a la propuesta de reforma de la Directiva 36/71, recientemente incluida en el Programa de Trabajo de la Comisión Europea para 2016⁷⁸.

5. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (Coord.: GÁRATE CASTRO, J.). *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Aranzadi (Navarra, 2011).

AA.VV. (Dir.: GOERLICH PESET, J. M.). *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*, CES (Madrid, 2011)

CABEZA PEREIRO, J.:

- «Huelga, conflicto colectivo y libertades comunitarias», en AAVV. (Coords.: CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J.). *El conflicto colectivo y la huelga*, Laborum (Murcia, 2008).
- «El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga», REDT, núm. 156, 2012.

CASTELLI, N. «Derecho de huelga en el espacio europeo y la propuesta de regulación Monti II», RDS, núm. 59, 2012.

ESTEVE SEGARRA, A. «Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social», IL, núm. 6, 2015

GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A. «La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», RMTAS, núm. 27, 2000.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.:

⁷⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 27 de octubre de 2015. [COM (2015), 610, final].

- «La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso Viking Line», AS, 2007, BIB 2007/2899.
 - «De nuevo sobre la ley aplicable en los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores: el caso Laval», RL, 2008, Tomo II.
 - «Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte Tercera): el Caso Ruffert», AS, 2008, BIB 2008/989
 - *Derecho del trabajo y Legislación de defensa de la competencia* (Navarra, 2008).
- MOLINA NAVARRETE, C., y ESTEBAN DE LA ROSA, G. «Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia. Comentario de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», RTSS (CEF), núm. 205, 2000.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.
- «Derecho del Trabajo y disciplina de mercado», RL, Tomo 2, 2001.
 - «El caso Ruffert, ¿una constitucionalización del dumping social?, RL, Tomo II, 2008.
 - «Libre prestación de servicios y Derecho colectivo del Trabajo, TL, núm. 100, 2009.
 - «El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE», RL, núm. 10, 2014.
- SCIARRA, S. «Viking y Laval: huelga, convenio colectivo y libertades fundamentales en el Mercado Europeo», RL, Tomo II, 2008.
- TORMOS PÉREZ, J. A. «De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la Directiva 2014/67/UE», IL, núm. 5, 2015.

RESUMEN

Los desplazamientos transnacionales de trabajadores originan a menudo conflictos, en cuyo marco se enfrentan, en último término, libertades económicas y derechos de los trabajadores, escenificando así la dicotomía intrínseca a un proceso de integración europea cuyos valores dominantes son aun fundamentalmente económicos y no sociales. Transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la Directiva 96/71/CE, el trabajo que se inicia pretende hacer balance de su aplicación por el TJUE, cuya inclinación por los planteamientos mercantilistas ha suscitado encendidas reacciones, no sólo en los círculos sindicales. En un clima de desencanto e, incluso, de abierta hostilidad hacia el proyecto de mercado único –fruto, más generalmente, de la intensa crisis económica y social padecida–, las instituciones europeas se han visto abocadas a intervenir, para, en el marco de un programa más amplio –de relanzamiento del mercado interior– procurar atenuar las fricciones generadas por los desplazamientos temporales de trabajadores. En dicho contexto, es finalmente aprobada la Directiva 2014/67/CE, de garantía de cumplimiento de su predecesora de 1996, cuyo estudio también se acomete en estas páginas, con objeto de extraer, ya a modo de reflexiones finales, ciertas líneas de tendencia en la problemática en análisis.

Palabras Clave: Desplazamiento temporal de trabajadores, libertades económicas, derechos de los trabajadores.

ABSTRACT

Transnational mobility of workers often produces some conflicts, which eventually mean a confrontation between economic freedom and workers' rights, leading to the intrinsic dichotomy of the European integration process whose dominant values are still basically economic and not social. Directive 96/71/CE has been in force for almost twenty years, so the work that starts now tries to assess its implementation by the CJEU, whose commercial approach has led to a heated discussion, not only within trade union circles. In a climate of disillusionment or even open hostility towards the project of a unique market, probably as a result of the profound economic and social crisis, European institutions have been forced to intervene within the framework of a wider programme (relaunch of the domestic market) to alleviate the friction produced by temporary mobility of workers. In this context, the Directive 2014/67/CE has finally been approved in compliance with its predecessor law from 1996, whose study is also dealt in this paper in order to reach a final conclusion, as a way of reflecting on several trend lines in the problem analysis.

Keywords: Temporary mobility of workers, economic freedom, workers' rights.

Trabajadores nacionales de terceros Estados: el acceso al mercado de trabajo europeo

National workers from third countries: access to the European labour market

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO*

1. INTRODUCCIÓN

Desde la supresión de las fronteras interiores con Schengen, la necesidad de regular la inmigración ha sido siempre una constante en el ámbito europeo. Tanto los Estados de forma individual, como la Unión en su conjunto, percibían el fenómeno migratorio como un problema de carácter político, económico y social que había que ordenar. Frente a tal aspiración contrastan las numerosas dificultades que han impedido alcanzar el consenso en muchas de las cuestiones sometidas a debate, y que en todo caso, han ralentizado la aparición de una política comunitaria en materia migratoria y su posterior plasmación en un Derecho comunitario de la migración y extranjería. Es más, las dificultades han sido especialmente relevantes a la hora de regular el régimen jurídico de la migración legal, en particular la de carácter económico, y ello pese a ser la búsqueda de trabajo «el móvil por excelencia y determinante de los flujos migratorios hacia el interior del territorio europeo»¹. En

particular, el contraste se hace especialmente visible si se compara la ordenación comunitaria en materia de libre circulación de los trabajadores comunitarios con el régimen jurídico vigente en materia de entrada, acceso al trabajo y desplazamientos de los extracomunitarios o nacionales de terceros Estados, que son los que propiamente y desde la perspectiva del Derecho comunitario han de ser calificados como inmigrantes o extranjeros².

El objetivo de este trabajo es, precisamente, hacer un análisis general de toda esa ordenación. Esto es, de la reguladora de los movimientos migratorios hacia Europa con el fin de ejercer un trabajo o desarrollar una actividad económica. Y como se comprobará, no parece que el propósito laboral o económico haya estado en la mente del legislador a la hora de establecer las condiciones de acceso y estancia de los nacionales de terceros Estados en la Unión. Parece que las prioridades han sido siempre otras y aquí se intentarán poner de manifiesto.

* Profesora Contratada Doctora (Titular Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo.

¹ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J., «La política comunitaria de inmigración», en AA.VV., *Inmigración y movilidad de los trabajadores* (COORD. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), La Ley, Madrid, 2010, p. 71.

² En general, sobre la necesidad y las dificultades de la ordenación de la cuestión migratoria en el Derecho comunitario, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea», en AA.VV., *Inmigración y movilidad...*, op. cit, pp. 44 ss.

2. UN REPASO A LA POLÍTICA COMUNITARIA DE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA

2.1. Desde los Tratados fundacionales hasta Ámsterdam

Como es sabido, fueron varias las razones que obstaculizaron durante algunos años la aprobación de una verdadera política comunitaria sobre inmigración y extranjería. En primer lugar, por el protagonismo asumido desde un primer momento, por el *principio de libre circulación de trabajadores* reconocido, únicamente, a los nacionales de cualquiera de los Estados miembros y esencial para la construcción y consolidación del proyecto de integración europeo. Es más, transcurridos más de cincuenta años desde la promulgación de los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, la *libre circulación de trabajadores* comunitarios sigue manteniendo un protagonismo de primer orden, ya que pese a su integración en la *libre circulación de personas* como parte del concepto *ciudadanía* de la Unión, su tratamiento general continúa discurriendo de forma independiente³. La promulgación de una política comunitaria de extranjería también se ha visto entorpecida durante mucho tiempo por la diversidad y variedad de intereses nacionales afectados que difieren según se trate de un Estado emisor o de un Estado receptor de población migrante, y aún dentro de los receptores, según el tipo y cualificación de la población que accede a su territorio con la finalidad de incorporarse a su mercado de trabajo. Así, cada uno de ellos ha ido aprobando, en función de sus respectivos intereses, su propia política nacional de extranjería y con ello la regulación de las condiciones de entrada y residencia en sus territorios de ciudadanos de terceros países⁴. En

³ Esta última idea en DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., «Libre circulación de trabajadores», en AA.VV., *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea* (DIR. NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J.M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 162.

⁴ Así lo ha destacado RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., «La política comunitaria de inmigración. Los extranjeros en el marco de la

último lugar, no puede dejar de reconocerse la existencia de cierto sentimiento generalizado de soberanía estatal sobre la población y, por lo tanto, el derecho de cada Estado a decidir quiénes y de qué forma pueden formar parte de su territorio, lo que solo puede ser salvaguardado con una regulación a nivel nacional. Cualquier ordenación a nivel europeo supondría alterar el núcleo de tal soberanía interna, de ahí el continuo entorpecimiento de los Estados a las propuestas de la Comisión⁵.

Sin duda, el hecho decisivo para la aprobación de una política común europea en materia migratoria, fue la creación del espacio Schengen. En efecto, con base en un Acuerdo firmado en el año 1985 por algunos de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea de entonces y su Convenio de aplicación de 1990⁶, se crea el conocido como espacio o territorio Schengen, en el que se suprimen las fronteras interiores y en su lugar se establece una frontera exterior única donde se efectúan los controles de entrada con arreglo a procedimientos idénticos. En fin, en todo el espacio Schengen queda garantizada la libre circulación de personas, ya sean nacionales de los Estados signatarios, de otros Estados comunitarios o incluso de terceros países. Con el tiempo, se han ido sucediendo numerosas adhesiones a los Acuerdos de Schengen, incluso por parte de Estados no comunitarios⁷. En la

legislación laboral europea», en AA.VV., *Manual de Derecho Social de la Unión Europea* (DIR. NAVARRO NIETO, F., RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.C. y GÓMEZ MUÑOZ, J.M.), Tecnos, Madrid, 2011, p. 162.

⁵ De nuevo RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., «La política comunitaria de inmigración. Los extranjeros en el marco de la legislación laboral europea», en AA.VV., *Manual de Derecho Social...*, op. cit., p. 162.

⁶ Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985 y Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, firmado el 19 de junio de 1990. Sus signatarios iniciales fueron Bélgica, Holanda, Luxemburgo, República Federal Alemana y Francia.

⁷ En concreto, Islandia y Noruega, desde el año 1996 y Suiza y Liechtenstein, desde 2008. No obstante, hay que tener en cuenta que el 9 de febrero de 2014 Suiza decidió en referéndum restringir el acceso de los ciudadanos de Europa

actualidad, el espacio Schengen queda conformado por un total de 26 países europeos, entre ellos España que se adhirió en el año 1991⁸.

Tras la firma del Tratado de Ámsterdam en el año 1997, el denominado acervo de Schengen –Acuerdo de 1985 y Convenio de 1990 y demás normas relacionadas– quedó expresamente integrado en el Derecho de la UE⁹. Pero fue también en Ámsterdam cuando la UE asumió, por primera vez, competencias en materia de inmigración mediante la incorporación de un nuevo Título IV al TCE 1997. Con todo, había sido unos años antes, en concreto en el año 1992 con la firma del Tratado de Maastrich, cuando se apuntaban los primeros esbozos de lo que más adelante se incorporaría como competencias comunitarias en materia migratoria¹⁰. En efecto, el art. K.1 del TUE 1992 incluía como «cuestiones de interés común» para los Estados miembros, la «política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados». También fueron declaradas de interés en el mismo precepto: la política de asilo, el control de fronteras exteriores, la lucha contra la toxicomanía y defraudación internacional y la cooperación judicial, aduanera y policial. En la recién creada Unión Europea de aquel entonces todas aquellas materias formaban parte del tercer pilar –Título VI– relativo a la «cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior». Con la aprobación del Tratado de Ámsterdam, los distintos ámbitos de cooperación que integraban dicho tercer pilar pasaron a conformar el denominado espacio comunitario de libertad, seguridad y justicia produciéndose, además, su bifurcación en dos

direcciones diferentes. La primera, la relativa a la «cooperación policial y judicial en materia penal», que pasó a formar parte del título VI TUE 1997. Y la segunda, que bajo la rúbrica «visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas», pasó a integrar el antes aludido Título IV TCE 1997. Es obvio que la incorporación de este nuevo Título IV TCE 1997 significó la «comunitarización de la política común de inmigración»¹¹. Con todo, presentaba un régimen *sui generis* respecto del general comunitario tanto en el proceso decisorio como en el control jurisdiccional. También en el Título VI TUE 1997 se apreciaban ciertos «aires de comunitarización» pero en grado muy inferior al del TCE 1997, llegando a conformar un *tertium genus* al combinar elementos de carácter intergubernamental con importantes peculiaridades supranacionales¹².

En todo este proceso, llama poderosamente la atención que pese al indudable componente laboral inserto en los movimientos migratorios hacia Europa, no es ésta la perspectiva desde la que se contempla su ordenación por las instituciones europeas¹³. En efecto, ni formaba parte de las disposiciones relativas a la política social europea –Título XI TCE 1997–, ni tampoco de las relativas a las políticas de empleo –Título VIII TCE 1997–, sino que, como acaba de comprobarse, quedó enfocada como una de las «manifestaciones más destacadas del llamado espacio común de libertad, seguridad y justicia»¹⁴. La única excepción a esta estructura delimitada y separada de

a su territorio lo que le podría llevar a abandonar el espacio Schengen. A día de hoy tal abandono no se ha materializado.

⁸ Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, firmado en Bonn el 25 de junio de 1991.

⁹ Protocolo (nº 2) por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea (Protocolos anejos al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea).

¹⁰ CRUZ VILLALÓN, J., «La política comunitaria de inmigración», en AA.VV., *Inmigración y movilidad...*, op. cit., p. 69.

¹¹ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, C., «La gestión de las migraciones laborales: Derecho Internacional y de la Unión Europea», en AA.VV., *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales* (COORD. PALOMAR OJEDA, A.), 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2012, p. 95.

¹² Todas estas ideas sobre la política migratoria tal y como había sido conformada tras el Tratado de Ámsterdam en ALONSO GARCÍA, R., *El espacio de libertad, seguridad y justicia y el sistema de pilares de la Unión Europea*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 27/28 de noviembre de 2008, pp. 2 ss.

¹³ CRUZ VILLALÓN, J., «La política comunitaria de inmigración», en AA.VV., *Inmigración y movilidad...*, op. cit., p. 71.

¹⁴ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J., «La política comunitaria de inmigración», en AA.VV., *Inmigración y movilidad...*, op. cit., p. 71.

políticas comunitarias quedaba referida a la «regulación de las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad», pues incluso antes que Ámsterdam, la armonización de las legislaciones nacionales en ese aspecto en particular ya era posible en virtud del contenido del art. 2.3 del Acuerdo de Política Social anexo al Tratado de Maastrich de 1992. Sin embargo, pese a la incorporación definitiva del aquel precepto a las disposiciones sobre política social del TCE 1997 –art. 137.3 TCE 1997–, su virtualidad ha sido nula, pues nunca fue considerado como fundamento competencial de disposiciones normativas comunitarias sobre residencia y empleo de extracomunitarios¹⁵.

Los sucesos posteriores al Consejo Europeo de Tampere de 1999, en el que habían quedado definidos los objetivos de la recién estrenada política comunitaria de inmigración¹⁶, retardaron o incluso obstaculizaron la aprobación de ciertos proyectos. En particular, hay que referirse a los atentados del 11-S que provocaron, a nivel mundial, un completo giro en las prioridades de las políticas migratorias. El régimen jurídico de la migración legal pasó a ocupar un segundo plano para ceder todo el protagonismo a la lucha contra la inmigración ilegal¹⁷. Entre otras razones y sin perjuicio de lo que se dirá con posterioridad, ello impidió la aprobación de una directiva única sobre condiciones de entrada y residencia aplicable a todas las categorías de trabajadores nacionales de terceros Estados¹⁸. Desde una pers-

pectiva propiamente jurídica, los obstáculos procedían del propio sistema institucional y procedimental ideado en Ámsterdam. En concreto, el problema radicaba en la unanimidad requerida para la aprobación de cualquier medida en este ámbito¹⁹. La unanimidad también vendría formalmente exigida aunque la iniciativa se articulase, hipotéticamente, por la vía de la armonización de la política social comunitaria²⁰.

Aunque con un valor meramente programático, no está de más traer aquí a colación la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza en el año 2000 pues en ella quedaba representada una importante tendencia de la época: la construcción del proceso de ciudadanía *cívica* frente al clásico de ciudadanía *européa*²¹. Como se hacía constar en el mismo preámbulo de la Carta «al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación». Al respecto basta una mera lectura del contenido de sus arts. 15.3 y 45.2 en los que se apreciaba una clara apuesta por la integración de los nacionales de terceros países. Así se defendía la equiparación de condiciones laborales (art. 15.3) y el posible reconocimiento de la «libertad de circulación y de residencia» siempre que «residan legalmente en el territorio de un Estado miembro». La muestra más representativa del nuevo concepto de ciudadanía *cívica* fue la promulgación de la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, relativa al estatuto

¹⁵ De nuevo, sobre todas estas cuestiones, CRUZ VILLALÓN, J., «La política comunitaria de inmigración», en AA.VV., *Inmigración y movilidad...*, op. cit., p. 70.

¹⁶ Para más información, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 1999. http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

¹⁷ En el ámbito europeo las nuevas prioridades se vieron incrementadas tras los atentados de Madrid (2004) y Londres (2006). Al respecto y en general sobre el Consejo de Tampere, véase OLESTI RAYO, A., *Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración*, Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 10, 2008, pp. 14 ss.

¹⁸ Más ampliamente, véase RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., «La política comunitaria de inmigración. Los extranjeros en el marco de

la legislación laboral europea», en AA.VV., *Manual de Derecho Social...*, op. cit., p. 163.

¹⁹ Aunque una vez transcurrido el período transitorio de 5 años se preveía una eventual conversión del régimen de unanimidad al mecanismo ordinario de mayoría cualificada y codecisión del art. 251 TCE 1997, dicha posibilidad nunca fue puesta en práctica. Al respecto, véase art. 67 TCE 1997.

²⁰ Art. 137.3 TCE 1997. Sobre todas estas cuestiones, CRUZ VILLALÓN, J., «La política comunitaria de inmigración», en AA.VV., *Inmigración y movilidad...*, op. cit., pp. 74 ss.

²¹ Sobre este proceso, véanse las interesantes reflexiones de DE LUCAS MARTÍN, J., *La ciudadanía para los inmigrantes: una condición de la Europa democrática y multicultural*, Revista de Filosofía, núm. 4, 2006, pp. 1 ss.

de los nacionales de terceros países residentes de larga duración²².

2.2. Los cambios operados con la aprobación del Tratado de Lisboa

La política comunitaria vigente en materia inmigración encuentra su fundamento en el Tratado de Lisboa, aprobado en el año 2007, y al respecto fueron varios los cambios operados sobre el régimen configurado en Ámsterdam, pues en esta materia la aprobación del Tratado de Niza no supuso ninguna modificación. De entrada, se procedió a una completa reordenación y reubicación de los distintos ámbitos que conformaban el aludido espacio de libertad, seguridad y justicia, hasta ahora separados en sus aspectos policiales y penales, por un lado, y en las políticas de visados, asilo e inmigración, por otro. Tras el Tratado de Lisboa, todas estas materias quedan integradas en el novedoso Título V TFUE y bajo la rúbrica expresa de «espacio de libertad, seguridad y justicia». También allí se reformó la clasificación de las competencias comunitarias. Frente al sistema anterior, ahora se distinguen competencias exclusivas, compartidas y complementarias²³. El espacio de libertad, seguridad y justicia del Título V TFUE, queda expresamente incluido entre los ámbitos de competencias compartidas entre los Estados y la Unión²⁴. En último término, no hay que olvidar los importantes cambios operados con la aprobación del Tratado de Lisboa en lo que se refiere al procedimiento legislativo y reglas de votación. En este contexto, puede afirmarse que se ha concedido un «nuevo impulso»²⁵ al procedimiento de codecisión ya existente y que ahora pasa a denominarse «procedimiento le-

gislativo ordinario»²⁶. Y ello es importante toda vez que cualquier medida que pudiera adoptarse en materia de inmigración lo será de conformidad con aquel procedimiento, pues así se dispone en los arts. 77 ss TFUE.

Es evidente que todas estas modificaciones no resultan inocuas y más aún dentro del nuevo escenario en el que tras la desaparición de los tres pilares se crea una nueva organización internacional, la Unión Europea, que sustituye a la Comunidad Europea y a las cooperaciones intergubernamentales. Y es en este nuevo escenario en el que se justifica la reubicación de la cooperación policial y judicial en materia penal, por su integración como parte del nuevo Título V TFUE, y por lo tanto, dentro de las competencias compartidas entre los Estados miembros y la Unión. Ya en lo que se refiere a la política de inmigración la configuración del referido Título V TFUE ha sido aprovechada también para la clarificación de algunos aspectos de su contenido. De entrada, en el art. 79.1 TFUE quedan perfectamente definidos los objetivos y el contenido de la política común de inmigración: se trata de garantizar en todo momento «una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas». También en el mismo art. 79 TFUE se establecen las bases jurídicas que facilitarán la consecución de tales fines. Por un lado, se habilita a la Unión a celebrar con terceros Estados acuerdos de readmisión de sus nacionales que no cumplan las condiciones de entrada, presencia y residencia en Estados miembros (art. 79.3 TFUE). Y por otro, se le reconoce competencia para adoptar medidas que faciliten la integración de los nacionales de terceros países en los Estados miembros (Art. 79.4 TFUE). Ahora bien, dicha política migratoria no puede analizarse al margen de la política de control de fronteras ciertamente reforzada en Lisboa. Según el art. 77 TFUE su objetivo es garantizar los «con-

²² DOUE de 23 enero 2004.

²³ Sobre nuevo sistema de competencias puede consultarse MIRANDA BOTO, J.M., «El ordenamiento jurídico social de la Unión Europea», en AA.VV., *Lecciones de Derecho Social...*, op. cit, pp. 66 ss.

²⁴ Art. 4.2 j) TFUE.

²⁵ Así lo ha calificado PÉREZ GONZÁLEZ, C., «La gestión de las migraciones laborales: Derecho Internacional y de la Unión Europea», en AA.VV., *Tratado de extranjería...*, op. cit, p. 98.

²⁶ Art. 294 TFUE.

troles de las personas y vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores» al tiempo que «instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores»²⁷. De hecho, como ha destacado la doctrina «si hubiera alguna duda de que la política comunitaria apuesta por una inmigración muy controlada y en modo alguno de puertas abiertas, tenemos el Tratado de Lisboa»²⁸.

Ni que decir tiene que toda esta clarificación conceptual, el nuevo marco de competencias y las reformas procedimentales, implican cierto incremento de la capacidad decisoria de la Unión en estas materias. Con todo, sus efectos no son absolutos, pues en política migratoria todavía persisten importantes parcelas reservadas al poder decisorio de los Estados miembros. En concreto, queda a salvo de lo que decidan los Estados, la armonización de las disposiciones en materia de integración de inmigrantes y el establecimiento de volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países con el fin de trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia²⁹. Sobre estas últimas, las normas que adopte la Unión, solo podrán fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros, nunca sustituirla.

La aprobación del Tratado de Lisboa coincidió en el tiempo con el desarrollo del programa de La Haya 2005-2009³⁰, cuya finalidad era continuar y consolidar las acciones llevadas a cabo en el quinquenio inaugurado en Tampere en 1999³¹. El quinquenio 2010-2014 estuvo re-

²⁷ La importancia de la política de control de fronteras ya se aprecia desde la propia rúbrica bajo la que se incluyen todas estas disposiciones, pues se ha pasado de la denominación «visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas» (Título IV TCE 1997) a «políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración» (Capítulo 2, Título V TFUE).

²⁸ Así lo ha afirmado ROJO TORDECILLA, E., en los interesantes comentarios vertidos en el sitio web: <http://www.eduardorjotordecilla.es/>

²⁹ Art. 79.4 –sobre integración de inmigrantes– y art. 79.5 –sobre volúmenes de admisión de trabajadores extranjeros– TFUE.

³⁰ Aprobado en el Consejo Europeo de Bruselas, de 4 y 5 de noviembre de 2004.

³¹ Una sinopsis breve pero muy clarificadora del contenido del Programa de la Haya en política de inmigración en

gido por el programa de Estocolmo continuador de los anteriores³². Puede decirse que aunque en todos ellos la política de inmigración había sido concebida como una política integral, y por lo tanto, que abordase la situación en todas sus dimensiones, lo cierto es que los avances más significativos se produjeron en el marco de la lucha contra la inmigración ilegal³³. El quinquenio actual, que extenderá hasta 2020, está regido por las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia, definidas en el Consejo Europeo de Bruselas del mes de junio de 2014³⁴. En este caso, y a diferencia de los anteriores, ya no se trata de un programa, sino de directrices orientadas hacia la transposición, aplicación y consolidación de los instrumentos jurídicos y medidas existentes y en las que se insiste en la necesidad de un planteamiento general de la migración que optimice los beneficios de la migración legal y ofrezca protección a quienes la necesitan, combatiendo al mismo tiempo la migración irregular y gestionando de modo eficiente las fronteras.

3. EL ACCESO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS AL MERCADO DE TRABAJO EUROPEO

3.1. Cuestión previa: la libre circulación y su extensión a los nacionales de terceros Estados

La posibilidad de extender la libre circulación de personas a los nacionales de terce-

OLESTI RAYO, A., *Las políticas de la Unión Europea...*, op. cit., p. 17.

³² Aprobado en el Consejo Europeo de Bruselas, de 29 y 30 de octubre de 2009.

³³ Así lo destaca PÉREZ GONZÁLEZ, C., «La gestión de las migraciones laborales: Derecho Internacional y de la Unión Europea», en AA.VV., *Tratado de extranjería...*, op. cit., pp. 101-102.

³⁴ Consejo Europeo de Bruselas de 27 de junio de 2014. Las bases para su discusión y aprobación posterior en el Consejo quedaban contenidas en la Comunicación de la Comisión, de 11 de marzo de 2014, «Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad», COM(2014) 154 final-no publicada en el Diario Oficial.

ros Estados, ya había sido abordada desde el mismo momento de la aprobación del TCEE en el año 1957, concretamente al hilo de la interpretación de su art. 48. No obstante, su desarrollo normativo³⁵ y jurisprudencial posterior, dejaba patente que dicha libertad quedaba circunscrita a los nacionales de los Estados miembros. Hubo que esperar a la creación del espacio Schengen para vislumbrar algún avance en este tema. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, la supresión de las fronteras físicas interiores entre los países signatarios del Acuerdo de 1985 y en su lugar el establecimiento de una frontera exterior única, garantizaba la libre circulación en su territorio de todas las personas, cualquiera que fuese su nacionalidad. En todo caso, tal garantía lo era en su sentido más estricto, es decir, con la vista puesta en la consecución de un mercado interior y limitada a su acepción de libertad de desplazamiento y libertad de viaje. Es verdad que hubo intentos de extender a los nacionales de terceros Estados otros elementos de la libre circulación de personas, en concreto, en materia de residencia, entrada y acceso al empleo, pero resultaron infructuosos, en parte, por la falta de competencias comunitarias en materia migratoria³⁶.

Por razones competenciales, tampoco en Maastrich se pudo entrar en la ordenación y extensión de la libre circulación a los extracomunitarios. A lo más que se llegó fue a la inclusión de sus condiciones de acceso, estancia y circulación por el territorio de los Estados miembros entre las cuestiones de interés común de la Unión, eso sí, con el fin de servir a la realización de sus fines, entre los que se destacaba expresamente, la «libre circulación de

personas»³⁷. Con todo, recuérdese que tal inclusión se hacía en el marco del recién creado tercer pilar –Título VI TUE 1992 sobre cooperación en los ámbitos de justicia e interior– y, por lo tanto, para ser tratada en el ámbito de la cooperación intergubernamental que excluía cualquier acción de armonización. En este contexto, la posibilidad de extender la libre circulación de personas, en su más amplio sentido, a los nacionales de terceros Estados, se abordó por primera vez en una propuesta de Convenio de 1997 que, aunque finalmente fue retirado, contenía ya las líneas básicas del futuro régimen jurídico comunitario al respecto³⁸. En concreto, establecía normas para la admisión de los nacionales de terceros países por razones de empleo, trabajo por cuenta propia, estudios, actividades no remuneradas y reagrupación familiar. También preveía la concesión de los mismos derechos fundamentales a los residentes de larga duración en todos los Estados miembros³⁹.

La asignación a la Comunidad de amplias competencias en materia migratoria llevada a cabo por el Tratado de Ámsterdam, fue decisiva para la puesta en marcha de un eventual reconocimiento de la libre circulación a los nacionales de terceros Estados, aunque al final sus efectos no fueron los esperados. En definitiva, en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia, que se superponía a la unión meramente económica, el reconocimiento de la libre circulación de personas jugaría un papel fundamental. Por un lado, porque seguía conformando uno de los instrumentos al servicio del funcionamiento del mercado interior (art. 3.1 c) TCE 1997). Y por otro, porque constituía la razón de ser de la creación de aquel espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 2 TUE 1997). Y en ese nuevo espacio, la

³⁵ Por si pudiese resultar alguna duda, repárese en el ámbito de aplicación del ya derogado Reglamento 1612/1968, de 15 octubre, sobre libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, que quedaba limitado, expresamente, a los nacionales de los Estados miembros (véase Título I, arts. 1 a 6).

³⁶ En general, sobre este tema, véase IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*, Reus, Madrid, 2010, pp. 22-36.

³⁷ Cfr. art. K.1 TUE 1992.

³⁸ Así lo ha destacado IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros...*, op. cit, p. 68.

³⁹ Propuesta de acto del Consejo, de 30 de julio de 1997, por el que se establece el Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros, COM(97) 387 final-no publicada en el Diario Oficial.

libre circulación de personas debería ser entendida no solo como ausencia de controles en las fronteras interiores, sino también como reconocimiento de derechos de residencia y de acceso a actividades económicas. De lo contrario, no tendría ningún sentido la amplitud y estructuración de las nuevas competencias⁴⁰. En definitiva, si la libre circulación quedase limitada a la libertad de viaje y desplazamiento de los nacionales extracomunitarios merced a la supresión de los controles en el cruce de las fronteras interiores, sería suficiente con el contenido de los arts. 61 y 62 TCE 1997. Sin embargo, la reforma de Ámsterdam también le reconocía competencias a la Comunidad en lo que se refiere a sus condiciones de residencia, incluida la posibilidad de cambiar de Estado –art. 63 TCE 1997–. Con todo, la repercusión final del desarrollo normativo de estos preceptos en el Derecho derivado, no fue toda la deseable. Bien es cierto que el art. 62 TCE 1997 daba por zanjada la controversia existente sobre el alcance personal del control de fronteras en el mercado interior⁴¹. Sin embargo, su conexión con el acervo de Schengen hizo que para su desarrollo normativo bastase el contenido del ya existente Convenio de 1990. Aunque hubo alguna propuesta de armonización normativa a través de una directiva, el proyecto nunca culminó⁴². Y en lo que concierne al nuevo art. 63 TCE 1997 y las nuevas competencias comunitarias en materia migratoria, su sola ubicación de forma separada e independiente de la referida a la «ciudadanía de la Unión» –Segunda Parte TCE 1997– y del Título III sobre «libre circulación de personas, servicios y capitales», fue suficiente para impedir, *a priori*, la aplicación en toda su extensión de la libre circulación a los nacionales de terceros Estados. Todo quedaba en manos del Derecho derivado que, como se comprobará de inmediato, lo hizo –el reconocimiento de la

libre circulación– de forma sustancialmente diferente a la de los comunitarios⁴³.

Y así se llegó a la aprobación del Tratado de Lisboa que parece que ha querido poner fin a toda esa hermenéutica contraria a la existencia de un único régimen de libre circulación de personas en todo el territorio de la Unión. A tal fin, y aun sin alterar un ápice el cuadro competencial en materia migratoria aprobado en Ámsterdam, ahora inserto en el nuevo Título V TFUE, se procede a una importante reformulación de parte de su contenido, lo que va a resultar esencial para la comprensión del alcance y extensión de aquella libertad a los no comunitarios. Pero además, tal reformulación hay que interpretarla en el contexto de los nuevos objetivos de la recién creada Unión Europea, en los que la política de inmigración aparece específicamente vinculada a la libre circulación de personas y, por vez primera, al margen de la consecución del mercado interior⁴⁴. En efecto, el vigente art. 3 TUE aprobado en Lisboa dispone, por un lado, que en el «espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores» que ofrecerá la Unión a sus ciudadanos y en el que está inserta la política comunitaria de inmigración «esté garantizada la libre circulación de personas». Y por otro, en un apartado independiente, que «la Unión establecerá un mercado interior»⁴⁵. Volviendo con la aludida reformulación del Título V TFUE y su eventual proyección sobre el régimen jurídico de la libre circulación de los no comunitarios, se advierten las siguientes modificaciones. En relación con la competencia comunitaria para ordenar las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán viajar y desplazarse libremente por el territorio de la Unión, se ha suprimido el límite temporal de los «tres meses» introducido en Ámsterdam (art. 62.3 TCE 1997) y mantenido en Niza (art. 62.3 TCE 2000) y se

⁴³ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros...*, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁴ Esta idea y sus efectos es destacada por OLESTI RAYO, A., *Las políticas de la Unión Europea...*, *op. cit.*, p. 18. Con posterioridad, también del mismo autor, *La Unión Europea y la progresiva creación de un régimen comunitario de extranjería*, Revista Catalana de Dret Público, núm. 40, 2010, pp. 4-5.

⁴⁵ Cfr. art. 3.2 y 3.3 TUE.

⁴⁰ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros...*, *op. cit.*, p. 52.

⁴¹ Al hilo de la interpretación del art. 39 TCE 1997 (antiguo art. 48 TCEE).

⁴² IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros...*, *op. cit.*, pp. 56-57.

ha optado en su lugar por un «corto período» sin más precisión (art. 77.2 c) TFUE). En fin, aunque a efectos de la libre circulación la modificación no parezca sustancial, es evidente que en la mente del legislador late como trasfondo la posibilidad de admitir en el espacio Schengen estancias de nacionales de terceros países superiores a los referidos tres meses⁴⁶. Proporcionar cierta visibilidad a la libertad de circulación de los extracomunitarios parece ser la razón de la sustitución, en el mismo precepto, del verbo «viajar» libremente por el de «circular» también libremente. A los fines pretendidos, más relevantes parecen los cambios introducidos en las manifestaciones más fuertes de la aludida libertad, esto es, en la de residencia y en las condiciones de dicha residencia. Y la principal aportación ha sido la nueva redacción del art. 79.2 b) TFUE que sustituye al art. 63.4 TCE 1997 y su correspondiente tras Niza, en el que se identifican expresamente «libertad de circulación y de residencia». En efecto, aunque en la redacción aprobada en Ámsterdam ya se hacía visible la posibilidad de que los residentes legales de cualquier Estado miembro pudiesen desplazar su residencia a otro diferente, se obviaba cualquier conexión con la libre circulación, en cambio tras la redacción aprobada en Lisboa tal conexión es evidente. Con todo, se trata de un avance meramente conceptual a expensas de lo que determine la normativa derivada, tal y como indica el propio art. 79.2 b) TFUE: con arreglo al procedimiento legislativo ordinario se adoptarán medidas para «la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros». La Carta de Derechos Fundamentales vigente se mantiene en la línea del TFUE, y aun sin entrar a valorar eventuales efectos, dispone en su art. 45.2 la posibilidad de conceder «la libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan

legalmente en el territorio de un Estado miembro». Y se dice que no se ha reparado en los efectos, ya que no se puede olvidar, entre otros, la importante limitación competencial que prevé el art. 79.5 TFUE al reservar a los Estados la fijación de los «volumenes de admisión en su territorio» de nacionales de terceros países cuando procedan de tales terceros países «con el fin de buscar un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia»⁴⁷. Otro de los límites está representado por el principio comunitario de preferencia para el acceso al trabajo. Tanto éste, como aquél, serán tratados en el epígrafe siguiente.

3.2. Entrada y residencia de nacionales de terceros Estados en la Unión con el fin de trabajar

Como acaba de comprobarse, los avances operados en Lisboa no fueron suficientes para el reconocimiento y ejercicio de la libre circulación de los nacionales de terceros Estados en el territorio de la Unión, ni siquiera en su sentido más estricto. En realidad, todo queda a expensas de lo que reconozca y regule el Derecho derivado y al respecto puede ya anticiparse una marcada prevención e importantes cautelas. Ahora bien, sin dejar de reconocer la progresión de Lisboa, no hay que olvidar que el contenido y orientación de las vigentes directivas reguladoras de las migraciones laborales hacia Europa, responden también a orientaciones políticas anteriores y diseñadas como reacción al fracaso de un ambicioso proyecto del año 2001. En efecto, en aquella fecha la Comisión presentaba una propuesta de Directiva reguladora de las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en territorio europeo y para cualquier clase de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia⁴⁸. Sin embar-

⁴⁷ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros...*, op. cit, p. 66.

⁴⁸ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, COM (2001) 386 final (DOUE de 27 noviembre 2001).

⁴⁶ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros...*, op. cit, p. 64.

go, su ámbito de aplicación general –trabajador dependiente y autónomo y cualquiera que fuese su cualificación–, su pretensión unificadora –condiciones de entrada y condiciones de residencia– y el clima de tensión generado por los atentados de septiembre de 2001, obligaron a retirarla⁴⁹. Fue posteriormente y ya en el marco del desarrollo del Programa de la Haya del año 2004, cuando se optó por una ordenación del tema desde una perspectiva diferente que permitiese aunar con más facilidad los intereses particulares de los distintos Estados. Las propuestas se plasmaron en el conocido como Plan de política en materia de migración legal del año 2005⁵⁰ y pueden sintetizarse así: se abandona la idea de unificar las condiciones de admisión al mercado de trabajo europeo y se propone ordenar un procedimiento único de permiso único de residencia y trabajo, al tiempo que garantizar un marco común de derechos a todos los migrantes contratados legalmente y que todavía no hubiesen obtenido el estatus de residente de larga duración de acuerdo con el contenido de la antes citada Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre. La ordenación de las condiciones de admisión va a quedar limitada a aquellas categorías de trabajadores inmigrantes –que no sectores– en los que existe cierto consenso entre los Estados⁵¹. Y tales categorías de trabajadores serán los muy cualificados, los estacionales, las personas trasladadas dentro de una empresa y los aprendices re-

munerados. Sin perjuicio de lo que se expondrá a continuación, no está de más recordar aquí que en todos estos proyectos latía como trasfondo la importancia de la inmigración económica para la aplicación de la Estrategia de Lisboa del año 2000.

Aunque de todas las directivas proyectadas en el Plan de 2005, la de permiso único no fue cronológicamente la primera de las finalmente promulgadas, su alcance general aconseja mencionarla en primer lugar⁵². Se trata de la Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre⁵³. En cumplimiento del aludido Plan su contenido no prejuzga el derecho de cada Estado a determinar las condiciones de acceso de los nacionales de terceros países a sus respectivos territorios y mercados laborales. Su objeto es algo más limitado y en materia de admisión y entrada de extracomunitarios se ciñe a cuestiones procedimentales. En concreto, ordena un procedimiento único de permiso único que autorice a un nacional de un tercer país a residir y a trabajar en el Estado de acogida. Su propósito es ganar eficacia en su tramitación, simplificando y armonizando las normativas internas existentes, aunque también facilitar el control de la legalidad de las condiciones de residencia y empleo en la Unión⁵⁴. Con esta idea se prevén ciertas garantías procesales –motivación de la decisión denegatoria y sistema de recursos– y se fijan los criterios que habrán de respetarse si se exige a los solicitantes el abono de tasas⁵⁵. En todo caso, la concesión del permiso va a depender de la previa consideración del nacional del tercer Estado como *trabajador* en función

⁴⁹ Un importante análisis de la propuesta de Directiva del año 2001 y de algunos de sus informes posteriores en LUGO RODRÍGUEZ, C.B., *Acceso al trabajo para los nacionales de terceros países en el territorio de la Unión Europea*, Studia histórica. Historia contemporánea, núm. 25, 2007, pp. 404 ss.

⁵⁰ Comunicación de la Comisión, de 21 de diciembre de 2005, «Plan de política en materia de migración legal», COM(2005) 669 final-no publicada en el Diario Oficial.

⁵¹ Tal y como consta en el Plan del año 2005 «se examinó la posibilidad de proponer planes específicos para sectores concretos de la economía o para amplias categorías de inmigrantes» pero «en la situación actual, dadas las diferencias entre Estados miembros en lo que respecta a previsiones demográficas, condiciones sociales y estructura de los mercados de trabajo, tendencias y necesidades, no se consideró económica ni socialmente eficaz abordar ningún sector específico, ya que ello podría provocar un aumento no deseado de la rigidez de los mercados de trabajo nacionales».

⁵² De hecho, en el propio Plan de 2005 fue proyectada con la consideración de Directiva marco.

⁵³ Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro (DOUE de 23 diciembre 2011).

⁵⁴ Véase exposición de considerandos (3) de la Directiva 2011/98/UE.

⁵⁵ Art. 8 –garantías procesales– y art. 10 –tasas– Directiva 2011/98/UE.

de lo que prevea la normativa interna del Estado receptor⁵⁶, y como ya se ha advertido, de que también reúna el resto de condiciones que a tal efecto exija la misma normativa⁵⁷. La prevalencia del Derecho interno sobre el comunitario también se evidencia de forma notable en la reserva estatal para determinar el volumen de admisión de inmigrantes a efectos de empleo en su territorio⁵⁸. Por otra parte, en toda esta materia tampoco hay que olvidar la aplicación del principio comunitario de preferencia en el acceso al trabajo que, desde la firma de los Tratados de adhesión de los años 2003 y 2005, los Estados miembros están obligados a respetar⁵⁹.

Más allá de los aspectos procedimentales, la norma comunitaria también dota a esos trabajadores de terceros países, una vez que han accedido legalmente al mercado de trabajo europeo, de un nivel mínimo de derechos en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado miembro de residencia. Como reconoce la propia Directiva, la finalidad es garantizarles un trato justo al tiempo que poner en marcha una política de integración más firme⁶⁰. Y entre tales derechos se mencionan

⁵⁶ La consideración del nacional del tercer Estado como trabajador de acuerdo con el Derecho o las prácticas nacionales, tal y como prevé el art. 2 b) Directiva 2011/98/UE, ha sido destacado por PÉREZ GONZÁLEZ, C., «La gestión de las migraciones laborales: Derecho Internacional y de la Unión Europea», en AA.VV., *Tratado de extranjería...*, op. cit., pp. 108-109.

⁵⁷ Art. 1.2 Directiva 2011/98/UE.

⁵⁸ Art. 8.3 Directiva 2011/98/UE.

⁵⁹ La definición del principio está prevista en la Resolución del Consejo de 20 de junio de 1994: «los Estados miembros sólo tendrán en cuenta las solicitudes de entrada en sus territorios por razones laborales cuando los puestos vacantes en el Estado miembro de que se trate no puedan ser ocupados por los trabajadores nacionales o comunitarios, ni por los trabajadores no comunitarios que residan legalmente y de forma permanente en dicho Estado miembro y que formen parte del mercado laboral del mismo». El principio fue incorporado expresamente al Tratado de adhesión, de 16 de abril de 2003, de la República Checa, de Estonia, de Letonia, de Lituania, de Hungría, de Malta, de Polonia, de Eslovenia y de Eslovaquia (DOUE de 23 septiembre 2003) y al Tratado de adhesión, de 25 de abril de 2005, de la República de Bulgaria y de Rumanía (DOUE de 21 junio 2005).

⁶⁰ Objetivos definidos en Tampere (1999) y reafirmados en los programas de la Haya (2004) y de Estocolmo (2009), tal y

expresamente los siguientes⁶¹: los laborales y de seguridad y salud en el trabajo, las libertades de asociación, afiliación y participación en organizaciones profesionales y el acceso a los sistemas de Seguridad Social, si bien aquí, y como no podría ser de otro modo, según lo definido en el Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril⁶². Con todo, la propia Directiva precisa que va a quedar al arbitrio de cada Estado limitar, en determinadas condiciones, el acceso a ciertas prestaciones de la Seguridad Social⁶³. El contenido del Derecho nacional también va a ser decisivo para determinar el alcance del ejercicio de los derechos de entrada, residencia y trabajo vinculados a la concesión del permiso único⁶⁴. En fin, no es descartable pensar que con la aprobación de la Directiva 2011/98/UE el legislador comunitario pretendía avanzar en el reconocimiento y extensión de la libre circulación a los nacionales de terceros Estados. Sin embargo, la realidad se muestra algo más tozuda, pues en definitiva será la política de cada Estado miembro, no ya de la que dependa el ejercicio de tal libre circulación, que también, sino la propia aplicación real de la Directiva⁶⁵, lo que se traducirá no en un cierre físico de sus fronteras, sino en un auténtico cierre jurídico. Cierta muestra de apertura al ejercicio de la libre circulación por parte de los nacionales de terceros Estados, siquiera desde la perspectiva de la libertad de desplazamiento, se encuentra en el art. 12.4 Directiva 2011/98/UE en cuanto les reconoce –a ellos y a algunos familiares– el derecho a percibir ciertas prestaciones de la Seguridad Social generadas en un Estado diferente del de su residencia, eso sí, siempre en el respeto de las

como se sintetiza en la exposición de considerandos (2) de la Directiva 2011/98/UE.

⁶¹ Art. 12 Directiva 2011/98/UE.

⁶² Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOUE de 30 abril 2004).

⁶³ Art. 12.2 b) Directiva 2011/98/UE.

⁶⁴ Art. 11 Directiva 2011/98/UE.

⁶⁵ La política interna de cada Estado como determinante de la aplicación real de la Directiva 2011/98/UE es destacada en las reflexiones vertidas por ROJO TORDECILLA, E., en el sitio web web: <http://www.eduardorojotordecilla.es/>

condiciones del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril.

Pero antes de la promulgación de la Directiva 2011/98/UE, ya había sido adoptada la primera de las pertenecientes al grupo de las específicas por categorías de trabajadores migrantes y destinadas, además, a la regulación de sus condiciones de acceso en el mercado de trabajo europeo. En particular, se trata de la Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado⁶⁶. Por otro lado, no hay que olvidar que cuando fue aprobada tampoco estaban vigentes las reformas introducidas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa, lo cual exige encuadrarla en el Título IV TCE 1997, tal y como había quedado configurado tras el Tratado de Ámsterdam. En efecto, como se reconoce en la propia Directiva se aprueba con base en el art. 63.3 a) y 63.4 TCE 1997 (actual art. 79 TFUE). Con todo, pese a constituir una acción legislativa adoptada en el marco de la política comunitaria de inmigración, y como tal, seguidora de las orientaciones fijadas en los distintos programas europeos sobre cuestiones migratorias, su contenido se inscribe en el más amplio contexto de la política de empleo de la Unión, concretamente, en las líneas maestras de la Estrategia de Lisboa 2000-2010 y en sus directrices integradas para el crecimiento y el empleo. De ahí que en sus considerandos se reconozca expresamente la necesidad de realizar los objetivos de Lisboa, no solo mediante el fomento de la movilidad de trabajadores comunitarios altamente cualificados, sino también de los de terceros Estados. Y para estos últimos dispone que es importante convertir a la Comunidad en un destino realmente atractivo y con ello contribuir a la competitividad y crecimiento económico. A tal fin sus disposiciones ordenan una suerte de procedimiento abreviado de admisión⁶⁷—incluidos criterios de

acceso⁶⁸— y se les reconocen un conjunto de derechos económicos y sociales iguales a los que disfrutaban los nacionales del Estado anfitrión en una serie de ámbitos, entre ellos, el laboral y de Seguridad Social⁶⁹. La admisión de un nacional de un tercer Estado como trabajador altamente cualificado supone la expedición y entrega de la *tarjeta azul UE* que permitirá a sus titulares disfrutar de un estatuto privilegiado en el territorio comunitario⁷⁰. Desde la perspectiva de la libre circulación, uno de tales privilegios consiste en la posibilidad de trasladarse a otro Estado miembro para fines de empleo altamente cualificado, libertad que se amplía a un tercero o sucesivos desplazamientos, eso sí siempre que se cumplan las condiciones exigidas en la Directiva⁷¹. No obstante, ni el reconocimiento de esta última libertad, ni la propia vocación aperturista que parece proclamar la Directiva 2009/50/CE para atraer y retener en Europa a extracomunitarios, es llevada hasta sus últimas consecuencias. Por un lado, porque al igual que ocurrió después con la Directiva 2011/98/UE, también la 2009/50/CE proclama expresamente el derecho de los Estados miembros para determinar el volumen de admisión de esta clase de inmigrantes económicos⁷². Asimismo, porque a efectos de ocupar un puesto de trabajo vacante, se recuerda a los Estados miembros que deben respetar el principio comunitario de preferencia cuya definición ofrece la misma Directiva⁷³. Y por último, porque incluso se reserva a los Estados miembros la posibilidad de rechazar solicitudes de admisión para determinadas profesiones pertenecientes a sectores con escasez de trabajadores cualificados en sus países de origen y con ello garantizar así lo que la propia norma califi-

⁶⁶ DOUE de 18 junio 2009.

⁶⁷ Así es como califica el procedimiento la propia Directiva 2009/50/CE en su exposición de considerandos (7).

⁶⁸ Art. 5 Directiva 2009/50/CE.

⁶⁹ Art. 14 Directiva 2009/50/CE.

⁷⁰ Art. 7 Directiva 2009/50/CE.

⁷¹ Art. 18 Directiva 2009/50/CE.

⁷² Y ello tanto si proceden directamente de su país de origen —art. 6 Directiva 2009/50/CE— como si se trata de desplazamientos entre Estados miembros —art. 18.7 Directiva 2009/50/CE—.

⁷³ Art. 8.2, párrafo segundo, Directiva 2009/50/CE.

ca como «contratación ética»⁷⁴. En definitiva, aunque en el régimen de acceso al empleo europeo altamente cualificado de los nacionales de terceros Estados el alcance del Derecho nacional no sea tan decisivo como en el marco general regulado por la Directiva 2011/98/UE, sí va a jugar un papel importante a través de las restricciones nacionales a dicho acceso. Y aunque ello no comporte un impedimento de gran relieve, sí conlleva un importante obstáculo a la creación de una política europea de inmigración, y más aún, al reconocimiento de la libre circulación de los nacionales extracomunitarios en la Unión.

El análisis de las dos últimas directivas aprobadas sobre categorías especiales de trabajadores migrantes, no hacen más que confirmar la tendencia anterior: las cautelas del legislador comunitario frente al acceso de nacionales de terceros Estados al mercado de trabajo europeo. Sí es cierto que en los colectivos destinatarios de estas dos últimas prima la temporalidad laboral sobre cualquier otro elemento, lo que las distancia algo del objeto de las anteriores. Pero más allá de ese elemento diferenciador, en ellas se encuentran varios ejemplos palpables que también las separan de las orientaciones defendidas en los sucesivos Consejos europeos sobre la cuestión migratoria. Las referidas directivas son la 2014/36/UE, de 26 de febrero, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros⁷⁵ y la 2014/66/UE, de 15 de mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados interempresariales⁷⁶. De entrada, tanto en una como en la otra se deja constancia expresa de la reserva estatal para determinar el volumen de entrada de esta clase de trabajadores y del principio comunitario de preferencia⁷⁷. En este sentido coinciden plenamente con la Directiva 2009/50/CE, pues al

igual que en aquella también en éstas se fijan las condiciones de acceso para determinadas categorías de trabajadores extracomunitarios, sin perjuicio de que tales condiciones cedan en favor de las restricciones exigidas por los derechos internos. En fin, cualquier crítica al respecto, no podrá diferir de las vertidas sobre la Directiva 2009/50/CE. Ahora bien, como se acaba de anticipar y a la vista de las orientaciones políticas europeas, estas dos últimas contienen varios elementos ciertamente reprochables. Y más aún la Directiva 2014/36/UE –trabajadores temporeros– que la Directiva 2014/66/UE –traslados interempresariales–. Así, en la Directiva 2014/36/UE existen varias cláusulas que parten de una visión altamente susceptible del trabajador extranjero, en cuanto sujeto sospechoso de permanecer en el Estado miembro más allá de su estancia temporal⁷⁸. Entre otros requisitos, se le va a exigir que conserve su residencia principal en su tercer país, que la actividad para la que va a ser contratado quede sujeta a un ritmo estacional, que no haga uso de los sistemas de asistencia social del Estado de acogida y que no presente riesgo de inmigración ilegal⁷⁹. También la ordenación contenida en la Directiva 2014/66/UE se preocupa de asegurar que el nacional del tercer país trasladado temporalmente a un Estado miembro regrese a su país de origen. Si bien tal preocupación ya no se evidencia con la desconfianza con la que se percibe en la Directiva 2014/36/UE, sino que se muestra como el resultado ineludible del cumplimiento del Derecho comunitario. Tal es así que al nacional del tercer país trasladado temporalmente por su empresa a un Estado comunitario se le va a exigir que acredite que podrá volver a su país al término de su misión y un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos habitualmente cubiertos en el caso de los nacionales del Estado receptor para el supuesto de no poder recibir cobertura en relación con el trabajo efectuado en dicho Estado miembro⁸⁰. Sin duda y sin poder entrar en más

⁷⁴ Art. 8.4 Directiva 2009/50/CE.

⁷⁵ DOUE de 28 marzo 2014.

⁷⁶ DOUE de 27 mayo 2014.

⁷⁷ Arts. 7 y 8.3 Directiva 2014/36/UE y arts. 6 y 19.6 Directiva 2014/66/UE.

⁷⁸ Así lo advierte CAMAS RODA, F., en las reflexiones vertidas en el sitio web: <http://www.ferrancamas.com/>

⁷⁹ Sobre todos estos requisitos, véanse los arts. 3 b) y c), 5.3 y 5.5 y 6.3 y 6.5 Directiva 2014/36/UE.

⁸⁰ Art. 5 Directiva 2014/66/UE.

detalles, el contenido de estas últimas directivas confirma, una vez más que el interés prioritario subyacente en el régimen comunitario de acceso de nacionales de terceros Estados al mercado de trabajo europeo, no es tanto regular dicho acceso a través de una normativa más o menos aperturista, sino persistir en el objetivo de conseguir a través de una ordenación adecuada de las migraciones laborales satisfacer las necesidades del mercado laboral de la Unión y con ello garantizar la prosperidad de Europa.

4. REFLEXIÓN FINAL

La creación del espacio Schengen, en el que se suprimen las fronteras interiores y en su lugar se establece una frontera exterior única donde se efectúan los controles de entrada al territorio comunitario, ha sido decisiva para la instauración de una política comunitaria en materia migratoria y para la posterior creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Y en toda esta materia, el posible reconocimiento y extensión de la libre circulación a los nacionales de terceros Estados, ha jugado un papel ciertamente relevante. Y no tanto en su manifestación más débil, esto es, libertad de viaje y desplazamiento, como en las más fuertes, es decir, libertad de residencia y condiciones de dicha residencia. Es precisamente, en este escenario en el que han de situarse las directivas comunitarias reguladoras del acceso de los extracomunitarios al mercado de trabajo europeo, las condiciones de su ejercicio y la posibilidad de desplazarse entre distintos Estados comunitarios con fines también laborales. Desde luego que los criterios que en origen orientaron la aprobación de todas esas disposiciones –los contenidos en el Plan del año 2005– eran ciertamente esperanzadores, pero como se ha podido comprobar a lo largo de este trabajo los resultados no fueron todos los proyectados. Se puede afirmar que se ha tratado y se trata de una regulación ineludible a fin de poder hacer frente a ciertas necesidades económicas y sociales de Europa. Por un lado, el envejecimiento de la población

activa. Y por otro, la escasez de determinadas categorías de trabajadores, tanto profesionales de nivel universitario, como mano de obra no cualificada. Se trata, en definitiva, de aprovechar todas las ventajas de una gestión eficaz de la migración económica a fin de mejorar la eficiencia y competitividad de las empresas europeas, del mercado de trabajo europeo, y por lo tanto, de la economía europea. Eso sí, siempre sin perder de vista, por lo menos sobre el papel, el objetivo de la integración efectiva de los nacionales de terceros países en la sociedad europea. Por otro lado, dicha ordenación comunitaria tampoco podría afectar a la integración de los sistemas internos de inmigración de los Estados miembros, entre cuyos principios destaca, sobre cualquier otro, el de preferencia comunitaria en el acceso al empleo.

Con todo, es evidente que aunque esta ordenación y su política rectora quisiesen dar un giro en su orientación, el momento en el que nos encontramos no parece el más adecuado. Si ya en otros tiempos, el régimen jurídico de la migración legal se vio obligado a ceder espacio y protagonismo en favor de otras luchas, en concreto contra la inmigración ilegal, la prioridad ahora es hacer frente a una de las mayores crisis humanitarias de la época actual provocada por la llegada masiva de refugiados que huyen de una guerra atroz que dura ya más de cuatro años –en concreto, la de Siria– y que no hace más que confirmar una tendencia que no deja de crecer en los últimos años como consecuencia de los conflictos armados, políticos y sociales existentes en distintos países, en particular, en Asia y África⁸¹.

⁸¹ Con todo, y pese al protagonismo de la crisis de los refugiados, a principios del mes de septiembre del año 2015, OIT, OCDE y el Banco Mundial, publicaron informe dirigido a los ministros de trabajo del G-20 con las orientaciones que deben ser tenidas en cuenta en sus políticas migratorias a fin de conectarlas directamente con las de empleo. El informe titulado «The contribution of labour mobility to economic growth» puede consultarse en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_398078.pdf

5. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Inmigración y movilidad de los trabajadores* (COORD. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), La Ley, Madrid, 2010.
- AA.VV. *Manual de Derecho Social de la Unión Europea* (DIR. NAVARRO NIETO, F.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y GÓMEZ MUÑOZ, J.M.), Tecnos, Madrid, 2010.
- AA.VV. *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea* (DIR. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.; FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J.M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- AA.VV. *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales* (COORD. PALOMAR OJEDA, A.), 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2012.
- ALONSO GARCÍA, R. *El espacio de libertad, seguridad y justicia y el sistema de pilares de la Unión Europea*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 27/28 de noviembre de 2008. http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Alonso_Garcxax_Ricardo.pdf
- CRUZ VILLALÓN, J. «La política comunitaria de inmigración», en AA.VV., *Inmigración y movilidad de los trabajadores* (COORD. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), La Ley, Madrid, 2010.
- DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L. «Libre circulación de trabajadores», en AA.VV. (DIR. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.; FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J.M.), *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- DE LUCAS MARTÍN, J. *La ciudadanía para los inmigrantes: una condición de la Europa democrática y multicultural*, Revista de Filosofía, núm. 4, 2006.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S. *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*, Reus, Madrid, 2010.
- LUGO RODRÍGUEZ, C.B. *Acceso al trabajo para los nacionales de terceros países en el territorio de la Unión Europea*, Studia histórica. Historia contemporánea, núm. 25, 2007.
- MIRANDA BOTO, J.M. «El ordenamiento jurídico social de la Unión Europea», en AA.VV., *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea* (DIR. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.; FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J.M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. «La progresiva política social de la Unión Europea», en AA.VV., *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea* (DIR. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.; FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J.M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- OLESTI RAYO, A. *Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración*, Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm.10, 2008.
- OLESTI RAYO, A. *La Unión Europea y la progresiva creación de un régimen comunitario de extranjería*, Revista Catalana de Dret Públic, núm. 40, 2010, pp. 4-5.
- OLESTI RAYO, A. *El espacio Schengen y la reinstauración de los controles den las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea*, Revista d'estudis autonòmics i federals, núm. 15, 2012.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. «La gestión de las migraciones laborales: Derecho Internacional y de la Unión Europea», en AA.VV., *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales* (COORD. PALOMAR OJEDA, A.), 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2012.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L. «La política comunitaria de inmigración. Los extranjeros en el marco de la legislación laboral europea», en AA.VV., *Manual de Derecho Social de la Unión Europea* (DIR. NAVARRO NIETO, F.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y GÓMEZ MUÑOZ, J.M.), Tecnos, Madrid, 2010.
- RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. «Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea», en AA.VV., *Inmigración y movilidad de los trabajadores* (COORD. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), La Ley, Madrid, 2010.

RESUMEN

Una de las manifestaciones más importantes de la política comunitaria migratoria es la ordenación de la inmigración de carácter económico. No en vano, son muchos los documentos comunitarios en los que se insiste en la necesidad de regular los requisitos de entrada y residencia y condiciones laborales de los nacionales de terceros Estados que acceden al mercado de trabajo europeo. Incluso se ha planteado un eventual reconocimiento de la libertad de circulación a tales trabajadores extracomunitarios. Sin embargo la realidad presenta un panorama algo diferente pues aunque dicha regulación exista, la finalidad con la que había sido proyectada ha quedado algo encubierta. Los objetivos comunes de facilitar la integración de los trabajadores extracomunitarios han cedido frente a otros objetivos, también comunes, pero en interés propio: la mejora de la economía de la Unión. Por otra parte, el alcance de dicha ordenación nunca podrá alterar los sistemas internos de inmigración de los Estados miembros, entre cuyos principios destaca, sobre cualquier otro, el de preferencia comunitaria en el acceso al empleo.

Palabras Clave: Trabajadores nacionales de terceros estados, libre circulación, Schengen, migraciones económicas, mercado de trabajo europeo.

ABSTRACT

One of the most important features of the migration policies in the Community is the management of economic immigration. Not surprisingly, there are many Community documents that insist on the need of regulating the entry and residence requirements, and working conditions of nationals from third countries entering the European labour market. It has even been considered a temporary recognition of free movement to those non-EU nationals. Nevertheless, reality has a slightly different outlook as, even though such regulation is in force, the aim for which it had been planned has become somewhat hidden. The common objectives of making the integration of non-EU nationals easier have given in to other goals, also common, but on the self-interest of improving the economy of the European Union. On the other hand, the scope of this regulation will never be able to change the internal immigration system of the Member States, whose principles include, above all, the Community preference in the access to employment.

Keywords: National workers from third countries, free movement, Schengen, economic migrations, European labour market.

¿Lo colectivo en el mercado interior?

Collective dimensions in domestic markets?

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO*

1. UNA DE LAS PIEZAS QUE FALTAN EN EL MOSAICO

Este trabajo no aspira a responder preguntas, sino, por el contrario, a hacer un rápido inventario de cuestiones abiertas. En cierta manera, supone el paso inicial de lo que merecería una investigación más detallada. Es, pues, un reconocimiento previo al diagnóstico completo que necesita el Mercado interior en su faceta social. Se va a intentar aquí plasmar los síntomas que muestra el paciente, pero sin adentrarse en las vías de su curación. En definitiva, se busca un estado de la cuestión que permita ordenar las ideas antes de acometer el estudio global.

De acuerdo con el cada día más remoto Informe Veil¹ de 1997, salvo contadas excepciones, existía ya en Europa un marco legislativo que garantizaba la libertad de circulación de las personas y la mayoría de los problemas con los que se encontraban las personas podían resolverse sin necesidad de cambiar la

legislación². Trabajadores y empresarios contemplarían, pues, el territorio de los Estados miembros como un único ámbito de actuación de la mano de obra. Eso sí, únicamente podrían hacerlo en su aspecto individual.

El propósito de este trabajo es buscar cuál es en la actualidad la dimensión legislativa, documental y práctica del aspecto colectivo de las relaciones laborales en el mercado interior. Se pretende aquí recoger, por lo tanto, un estado de la cuestión, que reúna la situación actual de la normativa de la Unión, apuntando sus logros y sus parones; los puntos de vista de los protagonistas institucionales; y la realidad que ha surgido de la puesta en acción del acervo legislativo.

La evaluación de la extensión de esa presencia debe partir, por lo tanto, de la delimitación, un tanto obvia, de la categoría de «lo colec-

* Universidad de Santiago de Compostela.

¹ «Informe del grupo de alto nivel sobre la libre circulación de personas presidido por la Sra. Simone Veil», presentado a la Comisión el 18 de marzo de 1997, C4-0181/97.

² La Comunicación de la Comisión «La libre circulación de trabajadores – La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades», menos optimista, reconocía que «la realidad es que siguen existiendo muchos obstáculos prácticos, administrativos y jurídicos que impiden a los ciudadanos de la Unión ejercer su libertad de circulación. También es obvio que estas dificultades impiden a los trabajadores y a los empresarios realizar plenamente las ventajas y las posibilidades de la movilidad geográfica». M. BONNECHÈRE, «La libre circulation des travailleurs dans l'Union européenne», *Droit Ouvrier*, 561, 1995, pp. 322-3 y 328 y ss, señala la situación de los demandantes de empleo como una de las principales lagunas.

tivo» en el marco de la Política Social. Tómese como andén de salida un apriorismo nacional: los elementos que se analizarán en pos de la dimensión colectiva del mercado, sin ninguna originalidad, son la identificación de la representación de los trabajadores, dentro o fuera de la empresa, la negociación y el conflicto colectivo. Pues bien, este punto de partida de Derecho nacional es necesario porque la terminología en la práctica comunitaria rehúye la etiqueta y la propia doctrina no es mucho más expresiva.

Recurriendo, en primer lugar, a la clasificación del *Repertorio de la legislación vigente*³, es fácil comprobar que dentro del apartado 05, «Libre circulación de trabajadores y política social», ninguno de los más de 20 (obsoletos, para qué negarlo) subapartados porta tal denominación. La algo más moderna *Síntesis de la legislación vigente de la Comisión Europea*⁴ incluye, por su parte, la categoría de «Diálogo social y participación de los trabajadores». En ella se integran «Diálogo social interprofesional, Diálogo social sectorial, Información, Consulta y participación de los trabajadores». En la terminología comunitaria, aquí se localizan una peculiar manifestación de la negociación colectiva y la representación de los trabajadores en la empresa. Más difícil resulta localizar otros aspectos de la negociación colectiva y cualquier mención al conflicto, que no obstante tienen presencia en el panorama de la Unión.

En todo caso, los tres elementos que articulan el Derecho colectivo están, todos ellos, presentes en el Derecho originario. El Tratado de Funcionamiento contiene menciones de naturaleza bien distinta a cada uno de ellos, como se expondrá a continuación, pero su simple presencia supone la base del argumento de que lo colectivo no es, en modo alguno, ajeno al diseño de la construcción europea. Podría alegarse que la notoria diferencia entre los sistemas nacionales de relaciones laborales haría especialmente difícil abordar esta cuestión. En una organización

internacional que ha sido capaz de crear una moneda que enterró al marco, al franco y a la peseta, tal excusa sólo puede mover a escarnio. La oportunidad política, y no el sustento jurídico, es la causa principal del escaso desarrollo que esta materia ha tenido. No parece existir, en definitiva, interés alguno en regular intensivamente esta materia, pasando por alto los evidentes beneficios que podría aportar al desarrollo del mercado laboral interior, que queda así, evocando a Brillat-Savarin, como una cena sin queso.

2. A PROPÓSITO DE LOS AGENTES SOCIALES EUROPEOS Y EL DIÁLOGO SOCIAL

La trayectoria histórica de los agentes sociales europeos ha sido ya excelentemente descrita por la doctrina, lo que hace innecesario insistir en dicho aspecto⁵. El propósito de este apartado es, en primer lugar, revisar su posición actual en el Derecho originario, poniendo una vez más de manifiesto los fallos que arrastra a la hora de regular su status y, especialmente, su representatividad. La segunda finalidad aquí perseguida no es ya tanto analizar los mecanismos de diálogo social en el Tratado de Funcionamiento y sus frutos, sino, por el contrario, poner en perspectiva histórica la pérdida de vigor de un mecanismo que despertó ilusiones en los años 90 y se ha transformado en poco más que una anécdota en la segunda década del siglo XXI.

2.1. Los agentes sociales europeos y su representatividad

El Tratado de Lisboa supuso una ocasión perdida para aclarar el panorama técnico del funcionamiento del diálogo social. En lugar de adentrarse en los problemas señalados por la doctrina y por sus propios protagonistas, la reforma de los textos originarios optó por la ti-

³ <http://eur-lex.europa.eu/browse/directories/legislation.html>

⁴ http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/index_es.htm

⁵ Por todos, M. BOGONI, *El espacio europeo para la negociación colectiva*, Bomarzo, 2015, pp. 79 y ss.

bia introducción de proclamaciones simbólicas. Quizás no es eso más que el reflejo del dicho ignaciano de no hacer reformas en tiempo de tribulaciones, aceptando que Lisboa no fue más que un compromiso de mínimos para evitar un fracaso similar al de la Constitución Europea

El gran hilo suelto en ese remedo es, sin duda, la determinación de los protagonistas, la absoluta informalidad que la caracteriza. El silencio del Tratado en este punto fue interpretado en su momento como un reconocimiento implícito de la capacidad negocial de quienes habían sido hasta entonces los protagonistas del diálogo social⁶. La Comisión, mediante varias Comunicaciones, tanto sobre la aplicación del Protocolo sobre política social⁷ como propiamente sobre el desarrollo del diálogo social a escala comunitaria⁸, cubrió esa laguna mediante la elaboración de listas en las que se incluían a los interlocutores sociales que disfrutaban de suficiente «representatividad acumulada». En ellas se empleaban diferentes categorías como son las de «organizaciones interprofesionales de carácter general», «organizaciones interprofesionales que representan la determinadas categorías de trabajadores o de empresas» o también «organizaciones sectoriales no afiliadas al plan interprofesional». Aunque no se hace mención específica de eso, es de suponer que la base jurídica para esta selección es la referencia del art. 154 TFUE al deber de la Comisión de «adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado».

Este sistema de reconocimiento por la Comisión, sin una base clara en el Tratado, no puede considerarse como un fundamento sólido para el desarrollo de un diálogo social con el debido rigor⁹. No parece oportuno tras-

plantar sistemas nacionales, por la variedad de regulaciones existentes, que llega incluso a la ausencia de regulación en algunos casos. Es por este motivo que deben eliminarse las barreras mentales y apostar por crear un mecanismo genuinamente europeo de regulación de la representatividad a los efectos del diálogo social¹⁰. Puede objetarse que tal decisión, frente a la situación próxima a la anomia actual, chocaría con algunos de los ordenamientos nacionales, pero la respuesta a tal dificultad se fundamenta en la necesidad de la construcción de un sistema autónomo de relaciones laborales en la Unión Europea¹¹. Desde el momento en que se permite a los agentes sociales tomar parte en el procedimiento legislativo de la Unión, se imponen la necesidad de regular esta situación, que va más allá de una simple negociación de condiciones de trabajo.

Cabría, hipotéticamente, una regulación a través del Derecho originario, enriqueciendo los actuales contenidos de los arts. 154 y 155 TFUE, pero también mediante Derecho derivado. Ambas posibilidades presentan ventajas e inconvenientes y una articulación mixta parece el más apropiado. Sobre eso se basa la siguiente propuesta, inspirada parcialmente en el mecanismo del Fondo Social Europeo. Una futura reforma de los Tratados podría contener una atribución de competencia a las Instituciones de la Unión para regular esta cuestión, que esquivara la prohibición de actuar del art. 153.5 TFUE. La aprobación de criterios debería corresponder al Consejo y al Parlamento por el procedimiento legislativo originario, garantizando así la participación plena de este último en el proceso.

⁶ Vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994, p. 138.

⁷ COM (93) 600 final de 14.12.1993.

⁸ Entre otras, COM (96) 448 final de 18.09.1996 y COM (98) 322 final de 20.05.1998.

⁹ Cfr. F. NAVARRO NIETO, «La negociación colectiva en el Derecho comunitario del trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 102, 2000, p. 400.

¹⁰ Cfr. S. SCIARRA, «Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources», en VV.AA. (P. Davies et al., eds.), *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 200.

¹¹ Cfr. J. APARICIO TOVAR, «¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho comunitario?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 68, 1994, p. 935.

La vía de Derecho derivado más apropiada para eso sería el reglamento o la decisión, que deberían ser revisadas periódicamente, pero sin excesiva frecuencia. De esta forma se garantizaría la seguridad jurídica, la publicidad y la uniformidad de la representatividad, pero también la flexibilidad necesaria para adaptarse a las cambiantes circunstancias del mercado interior o responder a situaciones específicas. La concreta aplicación de dichos criterios debería ser llevada a cabo por la Comisión, ahora con mayor habitualidad, mediante un instrumento susceptible de control jurisdiccional por parte del Tribunal. Con esta propuesta, admitiendo de antemano que puede ser considerado como excesivamente intervencionista por algunos Estados, se salvaría la laguna actualmente existente y se culminaría la juridificación e institucionalización del diálogo social en la Unión Europea.

2.2. El diálogo social europeo: el ocaso de una esperanza

Las directivas negociadas, ¿qué se hicieron? ¿Qué fue de tanto galán, qué fue de tanta invención como trajeron? En la década de los años 90, este mecanismo, que engendró la construcción teórica de la subsidiariedad horizontal¹², hoy por completo olvidada, pareció atesorar todas las esperanzas del surgimiento de un modelo social europeo negociado.

El elenco de los primeros años de puesta en práctica fue verdaderamente apreciable, especialmente en lo cualitativo. Las Directivas 96/34/CE, 97/81/CE y 1999/70/CE pusieron de manifiesto la capacidad de los agentes sociales europeos de abordar materias de contenido sensible. Basta con pensar en la inmensa corriente jurisprudencial que las tres han

generado para darse cuenta de que su efecto útil ha ido mucho más allá de lo que, posiblemente, sus autores concibieron. La revisión en 2010 de la primera de ellas fue celebrada por los interlocutores como una piedra miliar del diálogo social europeo¹³, pero en realidad fue el último estertor de un cadáver.

Un ejemplo señero de esta situación fue la Directiva 2008/104/CE, sobre empresas de trabajo temporal. Tuvo que ser aprobada a través del procedimiento legislativo ordinario, tras el fracaso de las negociaciones¹⁴, que se habían iniciado casi contemporáneamente a las que condujeron a las directivas sobre contratos atípicos. En 2011, tras el desacuerdo entre Consejo, Comisión y Parlamento simbolizado en las «65 horas», los agentes sociales iniciaron sus propias negociaciones con vistas a reformar la directiva sobre tiempo de trabajo. En diciembre de 2012, tras un año de conversaciones, éstas se cerraron con fracaso, entre reproches mutuos de las dos partes¹⁵. Y desde entonces nada se ha vuelto a hacer.

Junto a este diálogo legislativo general, surgió casi inmediatamente una actividad de marcado carácter sectorial a propósito del tiempo de trabajo. Aquí se cuentan Directivas cuya difusión es más limitada: la Directiva 1999/63/CE¹⁶, la Directiva 2000/79/CE¹⁷, la

¹³ <https://www.etuc.org/press/european-social-partners%E2%80%99-revised-agreement-parental-leave-one-extra-month-parental-leave#.Vfkv7ZfqW2M>. [última consulta 29 de septiembre de 2015].

¹⁴ Con más detalle, L. GORDO GONZÁLEZ, «La adecuación del derecho español a la Directiva 2008/104 ce, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal», *Revista de Derecho Social*, 54, 2011, pp. 136-7.

¹⁵ Por parte empresarial, http://www.ueapme.com/IMG/pdf/2012-12-14_Final_Press_release_EU_Employers_WTD.pdf; por parte sindical, <https://www.etuc.org/press/working-time-negotiations-we-note-regret-employers-proposals-are-very-unbalanced> [última consulta 29 de septiembre de 2015].

¹⁶ Relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST).

¹⁷ Relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la

¹² El origen en M. E. CASAS BAAMONDE, «Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social», *Relaciones Laborales*, 8, 1993, pp. 1-10. La doctrina posterior ha aceptado la denominación, que sin embargo discrepa del concepto tradicional en Ciencia política de subsidiariedad horizontal. G. ARRIGO, «Politiche sociali comunitarie», VV.AA. (A. BAYLOS GRAU et al., eds.), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, 1996 p. 259 coincide en la denominación.

Directiva 2005/47/CE¹⁸ y, más recientemente tras un periodo de silencio, la Directiva 2014/112/UE¹⁹.

En la modalidad autónoma, el Acuerdo marco sobre el teletrabajo de 2002, en palabras de la Comisaria Diamantopoulou, anunciaba «la llegada de una era de diálogo social europeo»²⁰. Le siguieron el acuerdo sobre stress en el trabajo de 2004 y el referido al acoso de 2007. Y de nuevo el vigor se extinguió, dejando a paso a un diálogo sectorial de dimensiones menos ambiciosas, que ha fructificado en lo que después se analizará bajo la denominación de negociación colectiva transnacional.

En este escenario, el documento de obligada referencia es el «Programa de trabajo 2015-2017 de los agentes sociales europeos»²¹. En él se señala como una de las prioridades «negociar un acuerdo marco autónomo sobre el envejecimiento activo con un enfoque intergeneracional». No hay mención alguna a la negociación de un acuerdo heterónimo y quizá sea más relevante el punto 8 de dicho Programa, donde los agentes sociales plantean la necesidad de mejorar el común entendimiento de las herramientas existentes de diálogo social. Es, en buena medida, el reconocimiento del propio fracaso para sacar partido de los mecanismos puestos a su disposición.

European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA).

¹⁸ Relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario.

¹⁹ Por la que se aplica el Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior celebrado por la Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patrones de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF).

²⁰ Comunicado de prensa IP/02/1057

²¹ https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/press-release/files/brochure_wp-business_europe_6.pdf [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

3. LA REPRESENTACIÓN EN LAS EMPRESAS EUROPEAS Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL

3.1. La representación más allá de las fronteras nacionales: normativa y realidad

Las Directivas 94/45/CE (posteriormente sustituida por la Directiva 2009/38/CE), 2001/83/CE y 2003/72/CE representaron un esfuerzo creador en el ámbito del Derecho social de la UE de difícil parangón. Ciertamente, el mérito de dicha normativa no reside en un amplio ámbito de alcance, por estar destinada a un elevado número de destinatarios. Antes bien, como luego se verá, utilizando ese baremo todo este capítulo del acervo social comunitario roza el fracaso. Su gran virtud reside en la sustancia de lo legislado. Fue la demostración de que era posible concebir y aprobar soluciones europeas para problemas transnacionales, abrir ventanas de expectativas.

En efecto, lo abordado en estas directivas no era una simple cuestión de armonización de figuras nacionales existentes²², que habría resultado imposible por la misma naturaleza de lo regulado. Ninguna legislación nacional podía abordar las situaciones que reflejan, por la misma naturaleza del poder estatal. Las cuestiones transnacionales escapan a su alcance, salvo que se conviertan en puro imperialismo jurídico. De ahí que se optara por una fórmula flexible donde pudieran tener encaje en un marco europeo las instituciones

²² Sobre sus distintas finalidades, el agudo juicio de M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, 2012, Milán, p. 96: «Soltanto la dir. CAE [Comité de Empresa Europeo] appare come attuazione dell'art.27 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; essa, in particolare, mira a garantire il coinvolgimento dei lavoratori ai livelli appropriati, e cioè su scala europea, quando questa sia la dimensione nella quale opera l'impresa o gruppo. Le altre direttive perseguono, invece, primariamente l'obiettivo di favorire la ristrutturazione transnazionale dei fattori produttivi, rimuovendo gli ostacoli giuridici frapposti dalle differenti tradizioni nazionali di diritto societario».

existentes, sin forzar en exceso la tradicional autonomía nacional en este campo.

La creación del Comité de Empresa Europeo fue considerada como «uno de los logros más relevantes de la política social europea, en tanto ha conseguido acercarse a la realidad del momento en materia de participación, contenidos e incluso en el propio significado de la actuación comunitaria, incardinándose dentro de un modelo participativo de información y consulta, y buscando el equilibrio entre la acción sindical reivindicativa y la de colaboración en las decisiones de gestión económica y social»²³. El hecho de que fuera la primera directiva aprobada bajo la vigencia del Protocolo es una prueba evidente del interés que algunos Estados otorgaban a este apartado del acervo social comunitario²⁴. No debe olvidarse, en todo caso, que esta directiva fue promulgada por la Comisión ante el fracaso de los interlocutores sociales para llegar a un acuerdo²⁵.

La puesta en práctica, no obstante, distaba de conseguir los objetivos potenciales. En el año 2001, según datos manejados por el

Parlamento Europeo²⁶, estaban constituidos en torno a 650 comités de empresa europeos de los 1800 potenciales²⁷. Estos malos datos se veían agravados por el hecho de que el 85% de los comités existentes únicamente se reunían una vez al año, impidiendo el desarrollo de una cultura de asociación entre empresarios y trabajadores, objetivo de la directiva.

El deseo de mejorar el funcionamiento de la directiva condujo a su reforma en 2009, si bien la acogida doctrinal no fue entusiasta²⁸. Con datos de junio de 2015²⁹, habían sido creados en total 1359 Comités de empresa europeos, pero sólo 1077 de ellos seguían activos, tras diversas fusiones o disoluciones. En lo cualitativo, el detallado informe de Eurofound³⁰ no llamaba al optimismo. Las mejoras detectadas en los Comités existentes parecían responder más a su propia experiencia que al marco normativo.

²⁶ Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la situación de la aplicación de la Directiva sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, DOCE C 072 E, 21.03.2002.

²⁷ Cfr. LORD WEDDERBURN, «Consultation and Collective Bargaining in Europe: Success or Ideology?», *Industrial Law Journal*, 3, 1997, pp. 21 y ss., para una enumeración de los primeros puestos en marcha.

²⁸ R. GÓMEZ GORDILLO, «La reforma de la ley sobre derechos de información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria ¿un impulso para los comités de empresa europeos?», *Temas Laborales*, 111, 2011, p. 88: «la reforma se ha concentrado en aspectos necesarios pero insuficientes. Incrementar el número de comités de empresa europeos, reducir la inseguridad jurídica provocada por la ambigüedad de algunas definiciones, mejorar la articulación de los instrumentos legislativos comunitarios en materia de información y consulta constituyen objetivos de interés, que en el mejor de los casos contribuirán a incrementar la eficacia de la norma, pero resultan remedios inadecuados para satisfacer las necesidades de información y consulta de las representaciones de los trabajadores en el presente contexto económico y, por tanto, difícilmente útiles para mejorar la competitividad de las empresas europeas. Es por ello que no podemos coincidir con el legislador cuando califica la reforma operada como sustancial».

²⁹ http://www.ewcdb.eu/statistics_graphs.php [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

³⁰ http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1511en.pdf [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

²³ H. ÁLVAREZ CUESTA, «El Comité de Empresa Europeo como instrumento de participación de los trabajadores a nivel supranacional», *Pecunia*, 7, 2008, p. 27.

²⁴ Cfr. F. VALDÉS DAL-RE, «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: treinta años después», *Relaciones Laborales*, I, 2003, p. 87: «Enjuiciada desde una perspectiva histórica, la mencionada Directiva viene a introducir unos cambios de significativa relevancia en el tratamiento hasta entonces dominante en las propuestas comunitarias sobre participación de los trabajadores en entidades de carácter transnacional».

²⁵ Cfr. la valoración de M. BIAGI, «La direttiva CAE dopo sei anni: il successo di un nuovo modello?», *Diritto delle Relazioni Industriali*, 10, 4, 2000, p. 507: «La direttiva (...) nasce in realtà da un insuccesso. Le parti sociali a livello comunitario non riuscirono a raggiungere un'intesa su questo punto, deludendo le attese di quanti speravano che il nuovo capitolo sociale concordato a Maastricht desse subito qualche frutto concreto. Eppure il loro negoziato non fu inutile: tanti elementi e materiali furono valorizzati dalla proposta della Commissione che non incontrò troppe resistenze presso il Consiglio ed il Parlamento. Un episodio da non dimenticare: meglio un non-accordo che consegnari alla Commissione utili indicazioni, un semi-lavorato da finalizzare sul piano legislativo, che un accordo annacquato, povero di indicazioni, consegnato alla Commissione ed al Consiglio perché ne prendano atto».

No obstante, señalaba el informe, podían detectarse buenas prácticas en este contexto que no debían ser pasadas por alto³¹.

Por su parte, el magro balance de las Directivas 2001/83/CE y 2003/72/CE no se debe tanto a ellas como al escaso éxito de las formas societarias a las que hacen referencias. Concebidas como complemento indispensable de la Sociedad Europea y de la Sociedad Cooperativa Europea, estas normas fueron traspuestas a los ordenamientos nacionales con bochornoso retraso en la mayoría de los Estados, para caer casi en el olvido acto seguido. Parafraseando a Baltasar Gracián, triste directiva aquella que no ha sido objeto de cuestión prejudicial, pues no tiene ni talento que haga sombra, ni valor que le teman, ni honra que le murmuren, ni bienes que le codicien, ni cosa buena que le envidien.

Los números pueden llamar a engaño. De acuerdo con la exhaustiva base de datos del European Trade Union Institute³², a 14 de septiembre de 2015 existían, sobre el papel, 2420 Sociedades Europeas. Desde las 7 existentes en 2004, puede parecer una cifra asombrosa, pero de ellas sólo un séptimo, ni siquiera 400, puede ser considerado como una verdadera SE por el número de empleados y sus actividades³³. El hecho de que el 70% de

las registradas se encuentre en la República Checa ya debería mover al escepticismo, con el debido respeto al carácter emprendedor de las gentes de Bohemia y Moravia. La verdadera realidad de la Sociedad Europea se encuentra en las alrededor de 300 SEs que operan verdaderamente en el Mercado interior³⁴: gigantes alemanes como Allianz, Telefunken, Basf, Springer o Porsche renunciando a su tradicional forma societaria germánica para gozar de una mayor capacidad de operación. Resulta difícil resistirse a señalar que entre las escasas SE que operan con base en Francia se encuentran Christian Dior y LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton.

Sobre la Sociedad Cooperativa Europea cae un velo de tinieblas incluso mayor. Desde el estudio encargado por la Comisión y publicado en 2010³⁵, la cuestión no ha vuelto a abordarse de forma exhaustiva. Únicamente fueron localizadas entonces 17 SCEs y nada hace pensar que su número haya crecido en los últimos tiempos.

3.2. La negociación colectiva «en el vacío»: actores e instrumentos

El paso del tiempo ha traído consigo la distinción final, al menos en el plano teórico,

³¹ «The overall conclusion that can be drawn from this is that the efforts made by management and employee representatives to further develop their EWCs can benefit both the company as well as its employees. Clearly, the practices presented in the EWC case studies in this report are examples of innovative industrial relations practices based on win-win situations». [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

³² <https://www.etui.org/Services/European-Company-SE-Database> [consultado por última vez el 16 de sep. 2015]

³³ «However, this rather impressive total should not blind observers to the fact that many SEs do not conform to the standard definition, for they are partly SEs without or with very few employees ("empty/micro SEs") and/or partly even without a specific business purpose. Less than one-seventh of the SEs today have been identified by the ECDB as having more than five employees ("normal SEs"). In practice, however, the number of "normal SEs" is likely to be significantly higher as a consequence of the persisting gap in employment information

caused by the insufficient publication rules in the SE legislation». [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

³⁴ «By 21 March 2014, only 289 SEs (14 per cent) had been identified by the ECDB as "normal SEs" in the sense that they are known to have both business activities and more than 5 employees. Germany is home to almost half of the identified normal SEs (138), followed by the Czech Republic (66), France (13) and the Netherlands (13). But especially in the Czech Republic, the number of normal SEs is likely now to be significantly higher as a result of the evolution of originally employee-free SEs. Most Czech SEs are set up as employee-free shelf companies by specialised providers. Later on, the shelf SEs are sold to customers that wish to establish businesses quickly. As often little is known about the further development of the workforce after sale they have to be classified in the database as so-called "UFO SEs"». [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

³⁵ http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/03/1287749339_n1334.pdf [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

entre diálogo social y negociación colectiva en el plano europeo³⁶. Las dos nociones se entremezclaban en el pasado, quizás en un esfuerzo bien intencionado de la doctrina por identificar el rasgo característico del Derecho del Trabajo en el escenario de la entonces Comunidad Europea³⁷. Entrados ya en el siglo XXI, la primera expresión debería ser reservada para el proceso negocial previo o alternativo a la elaboración de normativa de la Unión. La segunda, en cambio, debería utilizarse para caracterizar a la elaboración de acuerdos que impliquen compromisos recíprocos cuyo ámbito de aplicación se extienda al territorio de varios Estados miembros, que hayan sido concluidos por representantes de los trabajadores y de empresas o de grupos de empresarios, y que se ocupen de condiciones de trabajo y empleo y/o de las relaciones entre los empleadores y los trabajadores o sus representantes³⁸.

Hoy en día, puede afirmarse sin temor a error que la negociación colectiva transnacional existe en el seno de la Unión Europea; no en su ordenamiento jurídico, pero sí en la realidad de su sistema de relaciones laborales. Las especulaciones teóricas sobre esta situación vienen ya de muy antiguo y el Tratado de Maastricht alimentó claramente las posibilidades de su realización³⁹. No obstante, fue un desarrollo lento, desprovisto de cualquier iniciativa legislativa al respecto y que surgió

³⁶ El mejor análisis en M. BOGONI, *El espacio europeo para la negociación colectiva*, cit., pp. 145 y ss

³⁷ Una lista de bibliografía que pusiera de manifiesto esta afirmación ocuparía, por sí misma, una extensión equivalente a la de este trabajo y estaría encabezada, a modo de acto de contrición, por el propio autor.

³⁸ Tal es la definición de trabajo que utilizó la Comisión Europea en sus documentos de trabajo SEC (2008) 2155 y SEC (2012) 264.

³⁹ Cfr. J. APARICIO TOVAR, «¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho comunitario?», cit., p. 917: «La libre circulación de trabajadores en el Mercado Único Europeo tendría que traer como consecuencia, entre otras muchas cosas, el reconocimiento en ese ámbito de la autonomía colectiva de las partes sociales que diese lugar a un frondoso desarrollo de la contratación colectiva. Un razonamiento de este tipo no podría ser acusado de irracional o carente de lógica».

por sí mismo, respondiendo a una necesidad espontánea detectada por las propias partes implicadas.

De acuerdo con los documentos más recientes de la Comisión⁴⁰, existen 282 textos que pueden ser catalogados como «acuerdos colectivos transnacionales de empresa». Más allá del obvio interés de las materias acordadas, resulta de especial importancia la determinación de los sujetos negociadores. Se observa una presencia muy potente del Comité de Empresa Europeo, hasta 105 casos. Piénsese que esta función de agente negociador desborda las competencias con las que fue concebido el órgano en la Directiva y que es una evolución natural de su posición en el sistema de relaciones laborales europeo. Es lo más parecido a un interlocutor supranacional que una empresa puede encontrar. De ahí que deba apostarse por la potenciación de su papel, si se quiere, de verdad, crear esa dinámica negocial europea. Hay que resaltar también la importancia de las federaciones sindicales globales, superior a las europeas. El hecho de que numerosos acuerdos tengan una dimensión mundial es la explicación más lógica para esta situación. Las empresas que se embarcan en procesos de este tipo son verdaderas multinacionales, cuyo ámbito de actuación supera, con creces, la Unión Europea. Basta con señalar el ejemplo de los acuerdos suscritos por compañías con sede en España: Telefónica, Banco Santander, Sacyr, Dragados, Inditex, Acciona, Meliá, Ferrovial, FCC, OHL, Endesa...

El dilema que se plantea, en definitiva, es si dejar que la anomia continúe imperando o intentar abordar una propuesta europea de regulación. La Comisión Europea ha encargado sucesivos informes sobre esta cuestión. Retomando la síntesis final de propuestas del publicado en 2011⁴¹, caben varias posibilidades si se decide intervenir en el plano europeo.

⁴⁰ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978&langId=en> [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

⁴¹ R. RODRÍGUEZ (coord.), K. AHLBERG, T. DAVULIS, L. FULTON, T. GYULAVARI, P. HUMBLET, T. JASPERS, J.M. MIRANDA, F. MARHOLD,

La primera de ellas implicaría otorgar efectos legales uniformes a este tipo de acuerdos, a través de una intervención de la Unión. Ésta podría llevarse a cabo bien a través de una directiva que reconocería ese valor a los acuerdos de los tipos recogidos en su articulado; o bien estableciendo un marco legal optativo con el mismo objetivo, alterando menos la soberanía estatal en esta cuestión, de forma tal que se articularían los sistemas nacionales de negociación colectiva, extendiendo sus efectos más allá de las fronteras. La segunda posibilidad considerada consistía en otorgar efectos legales a este tipo de acuerdos por la voluntad de las partes. En esta hipótesis, más restrictiva, la intervención de la Unión se limitaría a la creación de una normativa marco de tipo procedimental. Por último, la tercera opción, la menos intervencionista, apuntaría a otorgar a los acuerdos transnacionales la misma eficacia de la que gozan en los respectivos países, ya fuera a través del mandato representativo o de la adhesión.

La reacción posterior de la Comisión en 2012 fue más prudente. En su documento de trabajo de 2012⁴², reconocía que los acuerdos transnacionales requerían «atención» (que no acción) política. Sus conclusiones, no obstante, eran vagas e insistían en el papel preeminente que debe desempeñar el diálogo social. Lanzaba más preguntas que respuestas y esbozaba un tímido compromiso de apoyo a las acciones que los protagonistas tomaran. Pero no había en todo el documento un compromiso serio con la elaboración de una normativa de la Unión Europea que construyera un marco legislativo claro.

El tema sigue abierto, obviamente. El hecho de que la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en

F. VALDÉS, *Study on the characteristics and legal effects of agreements between companies and workers' representatives*, Study for the European Commission (DG Employment, Social Affairs & Inclusion)

⁴² SWD (2012) 264 final de 10.09.2012, «Transnational company agreements: realising the potential of social dialogue».

2015, haya seleccionado los convenios colectivos transnacionales como una de las líneas de investigación que pretende impulsar en los próximos años no hace sino poner de manifiesto la actualidad y vigencia que esta cuestión va a tener en el futuro.

4. EL CONFLICTO COLECTIVO EUROPEO Y SUS VÍAS DE SOLUCIÓN

El punto de vista ortodoxo a propósito de la huelga y el Derecho de la Unión Europea es tan conocido que resulta casi superfluo recordarlo: en virtud del art. 153.5 TFUE, la Unión Europea carece de competencias en materia de huelga. No obstante, existe otra forma de entender el art. 153.5 TFUE y no puede ser exhibida como excesivamente novedosa.

4.1. La regulación del derecho de huelga en la Unión Europea: el enfoque heterodoxo

El debate desde el punto de vista de la competencia de la Unión en materia de huelga ha de centrarse en el hipotético recurso a otras bases jurídicas para elaborar normativa supranacional vinculante sobre estas materias. Lo único claro es que no existe un consenso doctrinal sobre la posible utilización de las bases genéricas para elaborar, acuerdo político mediante, actos típicos con este contenido. Como muestra de estos argumentos disidentes, se han manejado argumentos basados en la literalidad del art. 153.5 TFUE⁴³ y en la

⁴³ Por todos, cuando la numeración era 137.6 TCE, cfr. P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, LGDJ, París, 2002, p. 54: «Il ne faut voir dans ces exclusions qu'un principe traduisant une volonté politique. Il n'empêche que le réservoir de compétence potentielle de la Communauté que ménagent les dispositions de l'article 100, celles de l'article 235, voire encore celles de l'article 100 A, est très largement ouvert (...). Si nécessité il y a, il peut être passé outre aux exclusions proclamées. Bien entendu, les principes de subsidiarité-proportionnalité s'exprimeront alors avec la plus grande force».

necesidad de interpretar restrictivamente las excepciones contenidas en el Tratado en defensa de esta posibilidad⁴⁴.

A grandes rasgos, pueden distinguirse dos clases de bases jurídicas: las específicas o concretas⁴⁵ y las genéricas. Con éstas, se hace referencia a preceptos cuyo campo de aplicación viene definido de una forma más laxa, dando cabida a múltiples medidas que pueden tener poco en común y que son de aplicación a falta de una base específica, vinculado siempre su ejercicio, eso sí, a la consecución del fin marcado en el Tratado⁴⁶. Este tipo de bases jurídicas genéricas no está exento de polémica⁴⁷, y tres son los artículos del Tratado de Funcionamiento, en lo que a este trabajo concierne, que responden a esa caracterización difusa: 114, 115 y 352 TFUE (los antiguos arts. 100 A, 100 y 235 TCEE; y 95, 94 y 308 TCE, sucesivamente). El art. 114 TFUE debe ser dejado de lado. La prohibición de su segundo apartado de regular los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena es una barrera infranqueable a la hora de elaborar legislación social. El precedente de no haber sido utilizado jamás para esta materia es definitivo.

El art. 115 TFUE establece, por su parte, que «sin perjuicio del art. 114, el Consejo adoptará por unanimidad con arreglo a un procedi-

⁴⁴ Cfr. R. BLANPAIN, *European Labour Law*, 8ª edición, Kluwer, La Haya, 2002, p. 127: «In the light of the fact that the Chapter on Social Provisions aims at the construction of a social Europe, Article 137 (6) TEC must be seen as an exception to the general rule and has thus to be interpreted restrictively».

⁴⁵ Vid. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, MacGraw Hill, Madrid, 1997, p. 147.

⁴⁶ Sentencia de 05.10.2000, *Alemania contra Parlamento y Consejo*, asunto C-376/98, Rec.2000, p.I-2247, a propósito del art. 95 TCE: «Interpretar este artículo en el sentido de que atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior sería no sólo contrario al propio tenor literal de las disposiciones antes citadas, sino también incompatible con el principio establecido en el artículo 3 B del Tratado CE (actualmente artículo 5 CE), según el cual las competencias de la Comunidad son competencias de atribución».

⁴⁷ En síntesis, cfr. L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 51-4.

miento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior». Básicamente éste era el texto de 1957 en tanto que art. 100 TCEE, puesto que no ha conocido más que ajustes de procedimiento que reflejan los cambiantes equilibrios institucionales. La incidencia en el mercado común a la que se refería la primera versión amparó en un tiempo un muy considerable número de directivas sobre los temas más variados, entre los que se contó, efectivamente, la materia social⁴⁸. Con esta base jurídica se aprobaron, entre otras, las directivas sobre igualdad salarial entre hombres y mujeres, despidos colectivos, transmisión de empresas o garantía de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial. Este balance es buena prueba de que el precepto es una herramienta muy poderosa para la construcción de la Europa social.

En tercer lugar, ha de hacerse mención al instrumento *finalista* por excelencia, el art. 352 TFUE (inicialmente 235 TCEE y posteriormente 308 TCE). Hoy en día, tras la reforma del Tratado de Lisboa, reza que «cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Euro-

⁴⁸ Con amplitud, *vid.* las notas de U. DRAETTA, en el Comentario del TCEE dirigido por R. QUADRI *et al.*, Giuffrè, Milán, 1965, pp. 784 y ss., y de R. KOVAR, en el Comentario del TCEE dirigido por V. Constantinesco *et al.*, *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, París, 1992, pp. 549 y ss.

peo». Muy interesante es el nuevo apartado 3. Éste establece que «las medidas basadas en el presente artículo no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización». La conexión con el art. 153.5 TFUE es obvia y se volverá sobre ella posteriormente.

Las condiciones de aplicación del artículo 352 TFUE, que siguen siendo las mismas que para el art. 235 TCEE, se desprenden de su propia formulación: la acción debe ser necesaria, ha de estar orientada a la consecución de los fines del Tratado y los poderes de acción precisos no deben haber sido previstos en el texto. La interpretación que de ellas se ha hecho a partir de los años 70 ha sido más flexible⁴⁹, permitiendo un recurso frecuente a este mecanismo, a partir de la Cumbre de Jefes de Estado y Gobierno de París de 1972, en la que se decidió «utilizar tan ampliamente como sea posible todas las disposiciones del Tratado, incluido el artículo 235» para profundizar en la integración europea. El procedimiento para la adopción de estas medidas sigue exigiendo unanimidad en el Consejo, a propuesta de la Comisión y ahora además con el consentimiento del Parlamento Europeo.

La condición «finalista» remitía claramente en su inicio a los arts. 2 y 3 TCEE, a los que vino a añadirse la idea de cohesión económica y social⁵⁰, y también cualquier objetivo citado de forma específica en otra parte del Tratado⁵¹, con lo que se aligeró de forma notable este requisito. La inclusión en el actual Tratado de la Unión Europea de un amplio catálogo de fines, que va más allá del elenco inicial, amplía notablemente las posibilidades.

La ausencia de poderes también presenta numerosos matices. El Consejo puede decidir que los previstos en el Tratado son inadecuados, ya por ser inaplicables temporalmente o insuficientes para conseguir los objetivos deseados. En este caso también se consideraría acertado el recurso al art. 352 TFUE en busca de una base jurídica más apropiada⁵², como complemento para fundamentar la competencia de la que se derivan todas las medidas que se van a adoptar⁵³. Por último, queda el requisito de la necesidad de la acción. Debe ser valorada no únicamente desde una perspectiva jurídica, sino atendiendo también a factores económicos, técnicos, políticos o de variada naturaleza⁵⁴, por lo que la capacidad de decisión de la Comisión, que actúa como promotora, es muy alta.

Como ya se ha señalado, la conexión con el art. 153.5 TFUE es obvia y no tendría sentido emplear esta base para armonizar las legislaciones nacionales en materia de huelga. Y es que la prohibición es de armonización, estrictamente. Paradójicamente, el precepto prohíbe lo menos, pero no lo más: habla de «disposiciones necesarias», no de Directivas como el art. 115 TFUE. El art. 352 TFUE podría servir, entonces, como base para uniformar la normativa en materia de huelga, siempre que se consiguiera vincular con alguna de las finalidades recogidas en los Tratados. Piénsese simplemente en el alcance que podría extraerse de la proclamación en el art. 3.3 TUE de la «economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social». Un modelo democrático de relaciones laborales, obvio corolario del pro-

⁴⁹ El Consejo, interpelado por un Miembro del Parlamento Europeo en 1982, afirmó que no cabe una lectura abstracta y general de este artículo, sino que debe atenderse al caso concreto. *Vid.* el comentario del antiguo artículo 235 TCEE de C. FLAESH MOUGIN, en el Comentario del TCEE dirigido por V. Constantinesco *et al.*, cit., pp. 1510-1.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 1512.

⁵¹ *Vid.* A. TOH, *Oxford Encyclopaedia of European Community Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 500.

⁵² Cfr. G. ARRIGO, «Politiche sociali comunitarie», en W.A.A. (A. Baylos Grau *et al.*, eds.), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, Bolonia, 1996, p. 234: «Il solo limite invalicabile è costituito dalla natura socioeconomica dell'azione, corrispondente del resto allo scopo generale della Comunità: non è quindi consentito il ricorso all'articolo 235 per un'azione diretta a scopi meramente culturali o di difesa».

⁵³ *Vid.* el comentario del antiguo artículo 235 TCEE de C. FLAESH MOUGIN, en el Comentario del TCEE dirigido por V. CONSTANTINESCO *et al.*, cit., p. 1511.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 1512.

greso social más allá de fantasías totalitarias, ha de contener por fuerza el reconocimiento del derecho de huelga.

Es evidente que la posibilidad aquí considerada roza la *lege ferenda* – *ficción*. Sólo un Isaac Asimov del Derecho de la Unión Europea podría concebir un reglamento de la Unión Europea que unificara los Derechos nacionales en materia de huelga. ¿Pero qué sucede si ese Reglamento se coloca en la posición «creadora» que han tenido los Reglamentos de Seguridad Social? ¿Quién si no la Unión Europea puede crear, *ex nihilo*, una normativa sobre una materia que escapa a la competencia nacional como es el conflicto colectivo transnacional? Los Estados, por su misma configuración en la sociedad internacional, ven decaer sus competencias al llegar a sus propias fronteras. El fenómeno transnacional escapa a sus poderes y sólo la Unión puede llenar ese hueco.

La base jurídica flexible del art. 115 TFUE fue en un tiempo el arsenal de la Europa Social. Sólo permite aprobar Directivas, ciertamente, que contribuyan al mejor funcionamiento del mercado interior. Y la libre circulación de trabajadores es, obviamente, un elemento esencial del mercado interior. Los derechos colectivos de esos trabajadores deberían formar parte, entonces, de la regulación del mercado interior. La cuestión es si esa regulación podría ser nacional o supranacional. La Historia demuestra que con el art. 100 TCEE se aproximaron legislaciones internas, pero el sentido común apunta a que sólo una regulación supranacional sería viable políticamente.

En definitiva, puede afirmarse que existen en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea bases jurídicas suficientes para la elaboración de una normativa europea sobre el ejercicio del derecho de huelga en su dimensión transnacional. La prohibición del art. 153.5 TFUE ha de ser entendida como una limitación de la capacidad de armonizar las legislaciones nacionales en la materia, pero no se ha de ir más allá. Por lo tanto, se puede. ¿Se quiere?

4.2. ¿Qué fue de Monti II?

Pocos nonatos han dado lugar a tal efusión de literatura, y tan poco optimista⁵⁵, como el proyecto de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a llevar a cabo acciones colectivas en el contexto de la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios, más conocido como Monti II⁵⁶. Como es sabido, la Comisión Europea encargó al antiguo comisario de Competencia, Mario Monti la elaboración de un Informe titulado «Una nueva estrategia para el mercado único», que fue presentado, simbólicamente, el 9 de mayo de 2010.

Su recomendación pasaba por la conciliación de los derechos colectivos con las libertades económicas, tomando como modelo el Reglamento de 1998, elaborado durante su etapa en la Comisión. En el nuevo texto se contendrían la fórmula mágica de equilibrio y un sistema de alerta temprana entre Estados. La melodía estaba, pues, compuesta. Sólo quedaba, pues, orquestrarla y ésa era la tarea de la Comisión, plasmada en el documento que ahora se va a presentar.

Entrando ya en el texto, el primer artículo, para definir el ámbito de aplicación del Reglamento, plasmaba de nuevo el art. 2 del Reglamento Monti I, añadiendo en esta ocasión que además de no afectar a la huelga, tampoco influía en las prácticas nacionales de negociación colectiva. La novedad más polémica aparecía en el art. 2 de la propuesta, puesto que en ella se imponía que el ejercicio de las libertades económicas debía respetar el derecho a la acción colectiva, incluyendo natu-

⁵⁵ Por todos, A. BÜCKER, «A comprehensive social progress protocol is needed more than ever», *European Labour Law Journal*, 4, 2013, pp. 9 y ss., y T. PAPADOPOULOS, y A. ROUMPAKIS, «Metarreglamentación de las relaciones laborales en Europa: dinámicas de poder y competencia entre normativas nacionales», *Revista internacional del Trabajo*, 132, 2, 2013, pp. 302-3».

⁵⁶ COM (2012) 130 final, de 21.03.2012. El documento COM (2012) 131 final era la propuesta de reforma de la Directiva 96/71/CE, finalmente aprobada como Directiva 2014/67/UE, que no se abordará aquí.

ralmente la huelga, pero que, viceversa, este derecho debía respetar las libertades económicas. Tan kantiana formulación del respeto de ambos principios suponía un claro conflicto de legitimidades. Por un lado, la huelga, consagrada en todos los ordenamientos nacionales –en mayor o menor medida, es cierto– como el supremo instrumento de los trabajadores para la defensa de sus intereses. Por otro, las libertades económicas, provenientes exclusivamente de su fuente supranacional, unas recién llegadas al mundo del Estado social. Es una destilación artificiosa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de la que se ha hecho un curioso espiguelo, ya relatado en la memoria de la propuesta, para plasmar esa igualdad en un texto, sin que, sin embargo, tal igualdad se haya manifestado en la realidad⁵⁷.

El art. 3 de la propuesta era el más extenso de todo el texto y ejemplifica a la perfección los delicados equilibrios que hay que llevar a cabo al redactar normativa en un tema tan sensible como éste. El precepto estaba dedicado a los mecanismos apropiados para la resolución de este tipo de conflictos, una cuestión que forma parte de las preocupaciones de la Comisión Europea desde hace más de una década y sobre la que ya ha solicitado tres informes independientes, además de otras iniciativas. El primer párrafo recogía una línea ya asentada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con carácter general, no específicamente a propósito de este asunto. Cuando en la legislación o en las prácticas nacionales existan procedimientos para la salvaguardia o la tutela de determinados derechos, deben ser también aplicables a las situaciones que derivan del Derecho de la Unión Europea. Los mecanismos internos de resolución de conflictos han de servir, por lo tanto, para enfrentarse a los conflictos transnacionales. El segundo pá-

rrafo abría la puerta a una vía de gran interés teórico, la elaboración de acuerdos o de líneas directrices por parte de los interlocutores sociales europeos sobre solución extrajudicial de conflictos. Llamaban la atención, en el simple terreno de la terminología, dos aspectos. En primer lugar, se citaban expresamente la mediación y la conciliación, pero no el arbitraje, subsumido en «otros mecanismos». En segundo lugar, la propuesta seguía utilizando el término «extrajudicial» en lugar de otros términos más actuales como «solución alternativa».

Esta propuesta es una buena muestra de lo que podría ser el desarrollo del art. 152 TFUE, introducido en el Tratado de Lisboa, si hubiera una verdadera voluntad para el desarrollo de un diálogo social autónomo. Ahora bien, la perspectiva de la elaboración de un acuerdo de este tipo en el momento actual nos devuelve nuevamente al terreno del Derecho-ficción. Los párrafos 3 y 4 buscaban el encaje entre los mecanismos descritos y los procedimientos judiciales existentes en cada Estado. Lo más destacado de ellos era la indicación de que correspondía a estos últimos determinar la proporcionalidad de las acciones colectivas. La lectura de esta indicación no deja de ser curiosa tras la sentencia *Fonnship* de 2014, donde en un nuevo conflicto entre acciones colectivas y libertades económicas el Tribunal sueco se negó a plantear al Tribunal de Justicia los aspectos de fondo y se limitó a solicitar la interpretación de los aspectos puramente mercantiles del caso.

El art. 4 de la propuesta, a su vez, diseñaba un mecanismo de alerta interestatal para las situaciones más extremas. Consistía, en síntesis, en un deber de notificación al Estado miembro de origen de los servicios, en escenarios en los que pudieran producirse graves perturbaciones en el funcionamiento del Mercado interior, daños serios en los sistemas nacionales de relaciones laborales o descontento social. Éste, a su vez, debería responder en el menor tiempo posible. Ni siquiera la propia propuesta (que se equivocaba, por cierto, al situar este mecanismo en el

⁵⁷ J. MALMBERG, y C. JOHANSSON, «The Commission's Posting Package», *European Policy Analysis*, 8, 2012, p. 3: «The ambition of the Commission is, according to its press release, to "send a strong message that workers' rights and their freedom to strike are on an equal footing with the freedom to provide services". Does the proposal send such a strong message?»

art. 5) era capaz de esbozar una explicación para una de esas tres situaciones descritas. Y frente a ello, el Estado afectado por los problemas (casi en un sentido norirlandés del término) notifica al Estado de donde han surgido los servicios causantes, para que éste responda. El art. 5, finalmente, determinaba la entrada en vigor del Reglamento, una simple formalidad.

¿Para qué sirvió este documento? La aportación a la Europa social de la propuesta Monti II fue, claramente, nula. En cambio, su contribución a la Europa institucional fue muy considerable. Por primera vez se puso en práctica el mecanismo de alerta diseñado en el Tratado de Lisboa y recogido en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, más concretamente en sus arts. 6 y 7.2. Varios Parlamentos nacionales alcanzaron el quórum suficiente en el plazo de ocho semanas requerido para manifestar que, a su juicio, la propuesta era contraria al principio de subsidiariedad, mostrando, pues, la vulgarmente conocida –incluso en medios institucionales– como «tarjeta amarilla». A juicio de la Comisión, no existía vulneración alguna del principio, pero la falta de apoyo político a la propuesta era evidente⁵⁸. Por ese motivo, el 12 de septiembre de 2012 se anunció su retirada, que fue oficial el día 26 del mismo mes⁵⁹.

⁵⁸ K. BORONSKA-HRYNIEWIECKA, «Legitimacy through Subsidiarity? The Parliamentary Control of EU Policy-making», *Polish Political Science Review*, 1 (1), 2013, pp. 91-2: «This first effective use of the yellow card deserves special attention since the nature of this particular parliamentary scrutiny has raised certain questions. Although, according to the Commission, the reasoned opinions of national parliaments did not address the material and procedural aspects of the principle of subsidiarity withdraw the proposal. At the same time it justified this decision by pointing to insufficient support for the measure on the side of national governments (in the EU Council). It is important to notice that the proposal was objected mainly by countries where industrial relations and high standards of social dialogue play important roles in domestic politics».

⁵⁹ La cronología completa puede consultarse en la web sobre asuntos europeos de la Cámara Baja polaca: http://oide.sejm.gov.pl/oide/en/index.php?option=com_content&

4.3. La solución extrajudicial de conflictos transnacionales

A propósito de los medios de solución de conflictos, cabe abrir una cierta especulación sobre la base del art. 153.1.f TFUE. Este artículo otorga competencia a la Unión para intervenir, como es sabido, en materia de representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios. Desde hace tiempo se ha señalado por la doctrina que las soluciones extrajudiciales de conflictos pueden quedar amparadas sin dificultad alguna bajo esta base jurídica⁶⁰. El hecho de que la Comisión encargara hace más de una década a un Grupo de Expertos, presidido por F. Valdés Dal-Ré⁶¹, la elaboración de un primer estudio sobre estas materias debe considerarse como un claro indicio del posible alcance de esta base jurídica.

Un segundo estudio⁶², más reciente en el tiempo, señaló las muy considerables dificultades para emprender una normativa europea en la materia. La primera de ellas sería la caracterización misma del conflicto transnacional. Atendiendo únicamente al criterio geográfico, podría simplemente decirse que es aquel que implica a partes contendientes de una pluralidad de Estados miembros. Pero éste no es, obviamente, el único criterio delimitador que se podría utilizar. En cualquier caso, el informe proponía dos enfoques amplios a la hora de abordar la materia.

view=article&id=14765&Itemid=793 [consultado por última vez el 16 de septiembre de 2015]

⁶⁰ Vid. R. BLANPAIN, *European Labour Law*, cit., p. 126: «One can also add the settlement of industrial disputes, by way of mediation, conciliation or arbitration».

⁶¹ Vid. W.A.A. (F. VALDÉS DAL-RÉ, dir.), *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2003. En síntesis, vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, «Informe de propuesta sobre un posible sistema voluntario de conciliación, mediación y arbitraje europeo», *ibidem*, pp. 453 y ss.

⁶² Study on out-of-court settlement mechanisms in transnational labour disputes, R. RODRÍGUEZ (coord.), F. VALDÉS DAL-RÉ, R. JAGTENBERG, A. DE ROO, J.M. MIRANDA, J.-M. SERVAIS, inédito.

En primer lugar, sería concebible la creación de un mecanismo específico de solución de conflictos para las disputas de carácter transnacional. Su gestión debería ser confiada a un cuerpo puramente europeo, muy especializado, que se haría cargo de su puesta en práctica. Un segundo enfoque aspiraría a conectar en una red los mecanismos ya existentes a nivel nacional. Obviamente, sería necesaria una cierta adaptación de éstos, ya que por su propia naturaleza no responden a la perfección a la naturaleza de un conflicto transnacional.

5. UNA RÁPIDA CONCLUSIÓN

El panorama descrito dista bastante de ser optimista. El Mercado Interior va muy por delante de las herramientas de carácter social que deberían formar parte de él. Ausente la voluntad política, sólo la toma de conciencia de la utilidad de éstas puede hacer que evolucionen por sí mismas. Si ofrecen soluciones a los problemas europeos, triunfarán. Y si no, quedarán, una pieza más, en el polvoriento anaquel de lo que la Unión Europea pudo crear y no consiguió.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

La dimensión colectiva de la libre circulación de trabajadores es uno de los grandes fracasos en la construcción de la Europa social. Los agentes sociales europeos no han sido capaces de hacer avanzar la creación dialogada de directivas. No obstante, sí se puede detectar el nacimiento de una negociación colectiva empresarial dentro de la Unión. El conflicto colectivo, por el contrario, es el aspecto cuya ausencia de regulación resulta más patente.

Palabras Clave: Mercado interior, diálogo social, agentes sociales europeos, convenios colectivos transnacionales de empresa, huelga, solución extrajudicial de conflictos.

ABSTRACT

The collective dimension of free movement of workers is one of the greatest failures in the creation of social Europe. European social agents have not been able to make any progress in the creation of directives in agreement. However, the birth of a collective corporate negotiation within the European Union can be observed. On the contrary, collective conflict is one of the aspects whose lack of regulation has become more evident.

Keywords: Domestic market, social dialogue, European social agents, transnational collective agreements for companies, strike, out-of-court conflict solving.

La dimensión social de la Unión Europea en el actual proceso de integración económica

Social dimension of the European Union in the current process of economic integration

NORA MARÍA MARTÍNEZ YÁÑEZ*

«El euro no es solo una moneda. Su introducción representa un proyecto político y económico».

Realizar la UEM. Informe de Jean-Claude Juncker en estrecha colaboración con Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi y Martin Schultz

1. INTRODUCCIÓN

La crisis económica y presupuestaria que en los últimos años ha afectado a la mayor parte de los Estados miembros ha propiciado el hiper-desarrollo de la vertiente económica y monetaria del proceso de integración. Pero los esfuerzos por reforzar la Unión Económica han tenido una gran repercusión en el plano social. La drástica afirmación del presidente del Banco Central Europeo, Mario Draghi, acerca de la defunción del Modelo Social Europeo¹ es representativa de un momento inicial en el que la avidez por articular medidas de lucha contra la crisis socavó pilares sociales básicos, considerados como obstáculos para la consecución de la estabilidad económica y presupuestaria.

Lo cierto es que la presión ejercida por las instituciones europeas sobre los Estados de

la Eurozona para mejorar su competitividad cuando ya no pueden devaluar su moneda, trae a primera línea el riesgo de *dumping social*, que encuentra en la diversidad de sistemas socio-laborales un campo abonado para desarrollarse. Lamentablemente, durante las primeras fases del nuevo modelo de gobernanza económica las propias recomendaciones del Consejo impulsaron una suerte de competición en la rebaja de los costes socio-laborales, estatales que afectó incluso a Estados no pertenecientes a la Unión Monetaria². Y, de manera simultánea, la estricta disciplina presupuestaria impuesta sobre los Estados afectados por crisis de deuda condujo al uso del gasto social como factor de ajuste, con el tácito consentimiento de la Comisión y el Consejo³. La ausencia de armonización legislativa en la mayor parte de las áreas socio-laborales afectadas permitió el deterioro generalizado

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad de Vigo

¹ Mario Draghi's Interview, *The Wall Street Journal*, February 24, 2012.

² BARNARD, C., «The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A Labour Lawyer's Perspective», *Industrial Law Journal*, 41, 1 (2012) 112-114.

³ HINAREJOS, A., *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford University Press (2015) 81.

de las condiciones laborales y sociales, sin que la invocación a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE) ante el Tribunal de Justicia lograra impedirlo⁴.

La percepción de que semejante orientación adolecía de un serio déficit social, así como el descontento de la ciudadanía ante esta situación, propició hacia 2013 un cambio de discurso en las instituciones europeas, que comenzaron a buscar el modo de dotar al sistema de gobernanza económica de contenido social⁵.

Hoy cabe distinguir dos tendencias, contradictorias en la forma pero complementarias en el fondo, respecto de la política social de la Unión Europea (UE). La primera arranca de una reformulación de la competencia de coordinación de las políticas económicas que permite su extensión a materias típicamente sociales y de empleo. La segunda se centra en la incorporación de contenidos sociales en la Unión Económica y Monetaria (UEM) a efectos de reforzar su legitimidad política y conseguir su correcto funcionamiento, pues se asume la idea de que las políticas sociales pueden contribuir de forma decisiva a optimizar los resultados económicos. Precisamente, en esta última línea hay que encuadrar el actual debate sobre el pilar europeo de derechos sociales, instado por la Comisión en marzo de 2016⁶.

Como resultado de la conjunción de ambas tendencias, el proceso de resocialización que hoy se aprecia en la UE, o más concretamente en la UEM, se subordina, tanto en su razón de ser como en sus herramientas, a los objetivos económicos. Por eso, el actual impulso de las políticas sociales se limita a aquéllas que

contribuyan a dicha finalidad, y en la estricta medida en que lo hagan⁷.

El presente trabajo pretende examinar esa doble tendencia, a fin de ofrecer una visión crítica de la dimensión social de la UE en la actualidad y sus perspectivas de futuro. Para ello, en la sección 2 se analizará el desbordamiento de la competencia de coordinación de las políticas económicas y su impacto sobre la política social, mientras que en la sección 3 se examinarán los elementos más significativos de la tendencia resocializadora que acompaña el actual desarrollo de la UEM.

2. LA DERIVA DE LAS COMPETENCIAS DE COORDINACIÓN DE LAS POLÍTICAS SOCIALES EN EL NUEVO MARCO DE LA GOBERNANZA ECONÓMICA EUROPEA

2.1. Notas sobre la decadencia del método abierto de coordinación en materia social

Desde su tardía incorporación al proyecto de integración europea, la política social ha ocupado un lugar precario y difuso a causa de su controvertida relación con las facetas económicas que constituyen la fuerza motriz de dicho proyecto. Esa precariedad no solo se aprecia en algunos notorios enfrentamientos entre derechos y valores sociales y libertades económicas, saldados sistemáticamente a favor de estas últimas, sino que también se hace evidente en la formulación positiva de la política social en la UE, imbuida siempre, en mayor o menor medida, por la necesidad de garantizar el juego de las libertades económicas en el mercado común⁸.

⁴ MARTÍNEZ YAÑEZ, N. M., «Crisis de deuda, rescates y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores», *Revista de Derecho Social*, 69 (2015) 223-244.

⁵ Véanse las Conclusiones del Consejo Europeo de 14 de Diciembre de 2012, EUCO 205/12 y las Conclusiones del Consejo Europeo de 28 Junio 2013, EUCO 104/2/13.

⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales», COM (2016) 127 final, 8 de marzo de 2016.

⁷ Comunicación de la Comisión, «Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales», cit., apartado 2.2.

⁸ DEAKIN, S., «The Lisbon Treaty, the *Viking* and *Laval* Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy"», *The Lisbon Treaty and Social Europe*, BRUUN, N., LÖRCHER, K. y SCHÖMANN, I. (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland (2012) 19-43. Sobre las tensiones entre las facetas sociales y económicas de la integración, véase GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Derechos sociales*,

Aunque el Título de Política Social incorporado por fin al Derecho originario mediante el Tratado de Ámsterdam parecía buscar el reequilibrio entre las tendencias sociales y económicas del proceso de integración, atribuyendo a la Comunidad Europea competencias de armonización y coordinación, y otorgando un papel activo a los interlocutores sociales⁹, lo cierto es que ya en la década de los noventa comenzó a abrirse paso la idea de que el papel de la UE en materia social y de empleo había de ser principalmente programático¹⁰. Es decir, debía centrarse en el establecimiento de objetivos y el fomento de acciones orientadas a alcanzarlos en el plano estatal¹¹. Este enfoque se justificaba por la necesidad de permitir la coexistencia de las diversidades nacionales, pues hay que tener en cuenta que en materia de empleo los Estados mantenían intacta su soberanía, y que las competencias sociales no comprendían la armonización de los sistemas de protección social. Pero además, otra de las razones que conducían a la citada postura era el deseo de facilitar una mejor adaptación de los sistemas sociales y de empleo a las dinámicas del mercado único que había de instaurarse en el contexto de la futura UEM.

En consecuencia, a partir de los años noventa el enfoque de las políticas sociales en la UE comenzó a desplazarse desde una perspectiva basada en la garantía jurídica de ciertos derechos socio-laborales a través de técnicas de armonización, hacia otra perspectiva de impulso político de objetivos sociales

y de empleo mediante técnicas blandas de coordinación¹².

Esta modificación del interés que presenta la política social para el proyecto de integración europeo se tradujo, a nivel de las fuentes del sistema jurídico de la Unión, en un drástico descenso de la actividad legislativa en materia social, que resulta muy evidente desde la primera década del siglo XXI. De hecho, todavía hoy la UE no ha ejercitado todas las competencias de armonización enumeradas en el art. 153.1 TFUE, sin que el juego del principio de subsidiariedad justifique tal inactividad.

La apatía legislativa en materia social se suele relacionar con la elevada exigencia del proceso de elaboración de Directivas sociales, construido en torno a la regla de la unanimidad. Sin embargo, se ha prestado menor atención a otros factores de extraordinaria relevancia para explicar este fenómeno, como son la instauración efectiva en 2002 de la Unión Monetaria, y la necesidad de que los Estados de la Eurozona compartiesen al menos un enfoque común respecto a sus políticas macroeconómicas, como garantía para el buen funcionamiento de la Unión Económica. Con este fin, el Consejo Europeo de Lisboa lanzó un método abierto de coordinación (MAC) orientado a maximizar la eficacia de las competencias de coordinación mediante las que la UE podía influir en las políticas macroeconómicas de los Estados miembros¹³. Como se sabe, el MAC contribuyó sobre todo a la dinamización de la coordinación de las políticas de empleo, poniendo en pie la Estrategia Europea de Empleo, y también de las políticas sociales, mediante el rodaje de un MAC social del que luego se desgajaron procedimientos de coordinación específicos en materia de pobreza e inclusión social, pensiones y asistencia sanitaria¹⁴.

integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social, Bomarzo, Albacete (2014) 17-64.

⁹ BARNARD, C., *EU Employment law*, 4ª ed., Oxford University Press (2012) 17, 18.

¹⁰ BEKKER, S. y KLOSSE, S., «EU Governance of Economic and Social Policies: Chances and Challenges for Social Europe», *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series*, 1 (2014) 108 y 109.

¹¹ Esta percepción se aprecia ya en el Libro Blanco «European Social Policy – A Way Forward For The Union», COM(94) 333 final, 27 de julio de 1994, en el Libro Blanco «Growth, competitiveness, employment – the challenges and ways forward into the 21st century», COM/93/700 final, 5 de diciembre de 1993 y en el Libro Verde «European Social Policy – Options for the Union», COM (93) 551 final, 17 de noviembre 1993.

¹² Esta perspectiva se hace evidente en el análisis de GIUBBONI, S., *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press (2006).

¹³ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 de Marzo de 2000.

¹⁴ Respecto a la polémica sobre los resultados del MAC social, véase ZEITLIN, J., BARCEVIČIUS, E. y WEISHAUP, J. T., «Institutional Design and National Influence of EU Social Policy Coordination:

La expansión experimentada por el MAC social entre 2000 y 2010 llegó a tener eco incluso en el Derecho primario, pues el Tratado de Lisboa formuló en términos generales la competencia de coordinación de las políticas sociales conjuntamente con las competencias de coordinación en materia económica y de empleo en el nuevo art. 5 TFUE. Y además, introdujo el art. 156 TFUE, que completa las facultades de fomento de la cooperación atribuidas por el art. 153.2.a) TFUE al Parlamento Europeo y al Consejo, otorgando explícitamente a la Comisión nuevos poderes de coordinación. De este modo, parecía haberse afianzado el futuro desarrollo de esta técnica reguladora¹⁵. Pero, contra todo pronóstico, el estallido de la crisis económica en la mayor parte de los Estados europeos, así como las profundas reformas del sistema de gobernanza económica, condujeron a la inesperada desaparición del MAC social.

En efecto, el ejercicio conjunto de los procesos de coordinación de las políticas económicas y de empleo a partir de 2011 en el seno de un macro-sistema de gobernanza denominado Semestre Europeo, colocó al MAC social en una difícil coyuntura, con dos únicas alternativas. La primera consistía en su integración en el Semestre Europeo, lo cual podría garantizar su continuidad, pero presentaba dos serios inconvenientes: desde el punto de vista de sus contenidos, las políticas sociales podían ser absorbidas por las políticas predominantes en el Semestre Europeo, que sin duda son las del orden económico y presupuestario; y, desde un punto de vista procedimental, el encaje de la coordinación de las políticas sociales en los cauces de coordinación de las políticas económicas resulta forzado, dadas las diferencias sustanciales de carácter y de contenido entre ambos procesos¹⁶. Baste simplemente recordar que el

TFUE no atribuye al Consejo poderes para dictar recomendaciones en materia social, por lo que la coordinación de las políticas sociales no podría integrarse en la fase culminante del Semestre Europeo, que consiste en la formulación de las recomendaciones específicas por país¹⁷.

La segunda alternativa para el MAC social consistía en desenvolverse fuera del marco del Semestre Europeo. Pero en este caso, aunque el MAC social podría conservar en mayor medida su independencia respecto de las otras competencias de coordinación, correría el riesgo de convertirse en un proceso de coordinación marginal con escasa efectividad.

Los acontecimientos han demostrado que, paradójicamente, se han seguido ambos caminos. Por un lado, las instituciones europeas han abordado sin empacho en el Semestre Europeo cuestiones que sin duda pertenecen a la esfera de la política social¹⁸, si bien lo han hecho mediante un uso expansivo y extralimitado de sus competencias de coordinación económica y de empleo. Y por otro lado, aunque la Comisión abandonó en 2011 la dirección del MAC social, el Comité de Protección Social ha asumido por propia iniciativa esas funciones, publicando un informe anual sobre la situación social en la Unión Europea e invitando a los Estados miembros a presentar Informes Nacionales Sociales. Ahora bien, el hecho de que sea el Comité de Protección Social el que dirija este sucedáneo del MAC, y no la Comisión Europea, debilita seriamente el proceso y sus resultados.

2.2. La vis expansiva de la coordinación de las políticas económicas y su impacto sobre las competencias sociales y de empleo

Se ha dicho en repetidas ocasiones que el origen de las diversas crisis de deuda que afectaron

Advancing a Contradictory Debate», *Assessing the Open Method of Coordination. Institutional Design and National Influence of EU Social Policy Coordination*, Barcevičius, E., Weishaupt, T., Zeitlin, J. (eds.), Palgrave Macmillan (2014) 1-16.

¹⁵ MIRANDA BOTO, J. M., «Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 92 (2011) 94-96.

¹⁶ Cfr. Arts. 121 y 148 TFUE.

¹⁷ ARMSTRONG, K. A., «EU social policy and the governance architecture of Europe 2020», *Transfer: European Review of Labour and Research*, 18, 3 (2012) 292.

¹⁸ Véase CLAUWAERT, S., «The country-specific recommendations (CSRs) in the social field», *Background analysis-ETUI*, 2 (2013) 5-40.

taron en torno a 2010 a varios Estados de la Eurozona radica en la asimetría entre una Unión Monetaria fuerte y una Unión Económica débil, asentada sobre el cumplimiento formal de los criterios de convergencia del art. 140 TFUE. Profundizando un poco más en esta apreciación, cabe sostener que una de las causas de tales crisis ha sido la falta de mecanismos eficaces para alinear, dentro de la Unión Económica, las políticas económicas con las políticas sociales, especialmente aquellas con mayor impacto presupuestario y una notable influencia en el dinamismo del mercado laboral¹⁹.

La respuesta de la UE ante ese desajuste ha consistido en la drástica atracción de las políticas de empleo y las políticas sociales a la esfera de la gobernanza económica, para garantizar así la coherencia entre las políticas económicas y sociales, y situar estas últimas en el nivel de decisión europeo. Y es que, aunque la reforma del sistema de gobernanza económica se haya llevado a cabo sin modificar los Tratados²⁰, a través de ella se han redefinido

los límites de la competencia de coordinación de las políticas económicas, no solo en sentido horizontal, al afectar al deslinde entre varias competencias de las que es titular la UE, sino también en sentido vertical, con la alteración del equilibrio de poderes entre la UE y los Estados miembros respecto de las materias objeto de coordinación²¹.

En términos generales, la reforma ha ampliado sustancialmente el ámbito de ejercicio de las competencias de coordinación de las políticas económicas mediante una interpretación extensiva tanto del concepto de coordinación, como del de políticas económicas.

En efecto, aunque el TFUE regula con cierto detalle la competencia de coordinación de las políticas económicas, en realidad no llega a precisar el alcance de las acciones de coordinación. Lo único que se desprende con nitidez del Título VIII es que la Unión no tiene competencia para producir una política económica común, sino tan solo para coordinar las políticas económicas estatales; a través de unas

¹⁹ LIEBERT, U., «Reconciling market with Social Europe? The EU under the Lisbon Treaty», *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, SCHIEK, D., LIEBERT, U., SCHNEIDER, H. (eds.), Cambridge University Press (2011) 48 y DEAKIN, S., «Social Policy, Economic Governance and EMU: Alternatives to Austerity», *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, BRUUN, N., LÖRCHER, K. y SCHÖMANN, In. (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland (2014) 92.

²⁰ En 2011 se acometió la primera oleada reformadora a través del denominado *six pack*, mediante el que se promulgaron cinco reglamentos y una directiva: Reglamento (UE) n° 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro; Reglamento (UE) n° 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro; Reglamento (UE) n° 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; Reglamento (UE) n° 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos; Reglamento (UE) n° 1177/2011 del Consejo de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit ex-

cesivo; y Directiva 2011/85/UE del Consejo de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

En 2013 se completó la actuación legislativa a través de dos nuevos reglamentos, conocidos como *two pack*, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a los Estados de la Eurozona: Reglamento (UE) n° 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades, y Reglamento (UE) n° 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro.

²¹ En el mismo sentido, ZEITLIN, J. y VANHERCKE, B., *Socializing the European Semester? Economic Governance and Social Policy Coordination in Europe 2020*, Swedish Institute for European Policy Studies (2014) 27. La doctrina ha criticado la falta de respeto de los nuevos mecanismos de coordinación económica al sistema de competencias establecido en los Tratados. Véase al respecto SCHARPF, F. W., «Political Legitimacy in a Non-optimal Currency Area», *MPIfG Discussion Paper*, 15 (2013) 11 y 12.

orientaciones generales que no son reglas jurídicas vinculantes.

A partir de estas pautas sucintas, la labor de guía y supervisión de las instituciones europeas comprende un amplio abanico de posibilidades en función de la intensidad de las fórmulas de coordinación. La graduación de estas últimas queda en manos de los Reglamentos de desarrollo de los procedimientos previstos en los arts. 121 y 126 TFUE, y precisamente, su reciente reforma se ha servido de tales márgenes de flexibilidad para ampliar los límites de la coordinación.

Desde un punto de vista metodológico, el intervencionismo que la UE ha desarrollado en el marco de la gobernanza económica para suplir la ausencia de competencias fuertes, similares a las que ostenta en política monetaria, excede los contornos de una labor de coordinación política. El desbordamiento del concepto de coordinación se advierte en diversos aspectos, como la multiplicación de las herramientas que permiten un control económico y presupuestario más extenso y profundo, la mayor concreción de las recomendaciones del Consejo, la introducción de nuevos elementos coercitivos y sancionadores y el reforzamiento de los existentes, o la falta de canales participativos que abran la coordinación a todas las partes interesadas. Este conjunto de factores coloca la coordinación de las políticas económicas cada vez más lejos del *soft law*²².

Pero, como ya se ha indicado, la tendencia extensiva también alcanza al concepto de políticas económicas. El TFUE tampoco define qué ha de entenderse por política económica, aunque los criterios de convergencia del art. 140 TFUE permiten una aproximación a su contenido. La misma falta de concreción se aprecia respecto de la política de empleo, sobre la que el art. 145 TFUE únicamente dice que ha de potenciar una mano de obra cualificada,

formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico. Por el contrario, el Tratado sí ha hecho un mayor esfuerzo por delimitar el contenido de las políticas sociales, incorporando dos extensos listados de materias en los arts. 153 y 156 TFUE. Pese a todo, muchas de las materias allí enumeradas podrían integrarse también en el área de las políticas de empleo, por lo que se puede concluir que dichos preceptos no definen claramente un espacio exclusivo de la competencia de coordinación de las políticas sociales.

Desde un punto de vista material, por tanto, hay una apreciable ambigüedad en los límites que separan las tres competencias de coordinación enunciadas en el art. 5 TFUE. La reforma del sistema de gobernanza económica ha aprovechado esa ambigüedad y el carácter naturalmente transversal de la política económica para propiciar su extensión a dichas áreas.

Así, a través de sus competencias de coordinación de las políticas económicas, y en el marco del Semestre Europeo, la UE ha intervenido en cuestiones como la jornada laboral, la legislación protectora del empleo, algunas modalidades de contratación, la negociación colectiva de los salarios, los servicios de colocación y formación, los sistemas de protección social y de Seguridad Social, y la asistencia sanitaria y farmacéutica²³. La mayor parte de estas cuestiones aparecen mencionadas expresamente en los arts. 153 y 156 TFUE. Otras se enmarcan mejor en las competencias de coordinación de las políticas de empleo. Por su parte, la formación profesional encaja tanto en las competencias de coordinación de las políticas de empleo como en las competencias de complemento y apoyo del Título XII TFUE, cuyo art. 166 expresamente se refiere a esta materia. Y por último, respecto de los sistemas de salud pública, la UE ostenta una competencia complementaria de la acción de los Es-

²² TERPAN, F., «Soft Law in the European Union – The Changing Nature of UE Law», *European Law Journal*, 21, 1 (2015) 77-84, 91, 92.

²³ CLAUWAERT, S., «The country-specific recommendations (CSRs) in the social field», cit, 5-40.

tados, advirtiendo expresamente el art. 168.7 TFUE que la Unión respetará las responsabilidades de los Estados miembros en cuanto a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica.

Es patente, pues, que la UE tiene competencias para intervenir mediante distintos instrumentos y con diverso alcance en los ámbitos que han sido mencionados. Y también es patente que hay una interdependencia material entre ellos que obliga a enfocarlos de forma conjunta, pues la intervención de la UE en uno de dichos campos condiciona la actuación que podría llevarse a cabo en otros.

El uso de la competencia de coordinación de las políticas económicas para abordar cuestiones propias de las políticas sociales y de empleo plantea al menos tres problemas. En primer lugar, la *vis* expansiva de dicha competencia ha reducido el uso de las competencias específicas en estos ámbitos, o incluso ha hecho inútil su ejercicio práctico, sustituyéndolas. En segundo lugar, ese uso extralimitado de la competencia de coordinación económica implica eludir los procedimientos previstos en el Título de Política Social y en el Título de Empleo, que atribuyen a las instituciones participantes una función y un peso político, distintos a los que asumen en los procedimientos de coordinación económica. Además, los procesos de coordinación social y de empleo se ajustan en mayor medida a los parámetros del MAC debido a su carácter participativo que incluye la intervención del Comité de Empleo, el Comité de Protección Social y el Parlamento. Y, por último, hay que subrayar que al situar los tópicos sociales y de empleo en el punto de mira de las políticas económicas, se privilegia su faceta macroeconómica o financiera dejando en la sombra otras facetas de justicia social, solidaridad y equidad igualmente importantes.

En tercer lugar, en cuanto a su intensidad, la competencia de coordinación económica puede llegar a ser mucho más incisiva y vinculante que el resto de las competencias de coor-

dinación enunciadas en los arts. 5 y 6 TFUE. Por consiguiente, la capacidad de penetración en la esfera de soberanía de los Estados miembros de las actuaciones sobre política social y de empleo resultantes de la gobernanza económica es mucho más intensa de la que se hubiera generado mediante el ejercicio de sus bases competenciales específicas. Esto significa que, aunque la expansión del concepto de política económica produzca en primer término un desbordamiento horizontal, que afecta a la delimitación de diversas competencias de las que es titular la UE, a la postre termina trastocando una vez más el reparto vertical de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Sin duda, las nuevas reglas de coordinación erosionan la soberanía de los Estados sobre diversos aspectos de sus políticas socio-económicas, a la vez que transfieren tales poderes a la Unión²⁴.

Para terminar, hay que hacer algunas consideraciones en torno a la remuneración, pues es el único supuesto en que la coordinación de las políticas económicas ha abordado una materia expresamente excluida de las competencias europeas sobre política social. Esta exclusión, plasmada en el art. 153.5 TFUE, responde al deseo de preservar la plena soberanía de los Estados miembros en un ámbito extremadamente sensible, dada su vinculación con el derecho fundamental a la negociación colectiva²⁵. Sin embargo, las actuaciones desplegadas por la UE en el nuevo marco de gobernanza económica han alcanzado de lleno las políticas salariales de los Estados miembros y los modelos de negociación colectiva salarial. La pregunta que se plantea es si el veto del art. 153.5 TFUE puede interpretarse como un veto a toda intervención de la Unión en esta materia, dada su clara ubicación en

²⁴ BIEBER, R., «The Allocation of Economic Policy Competences in the European Union», *The Question of Competence in the European Union*, AZOULAI, L. (ed.), Oxford University Press (2014) 92.

²⁵ MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson-Aranzadi, Navarra (2009) 126, 127.

la política social, o por el contrario, cabría admitir otra intervención sobre una base competencial diferente²⁶.

Aunque es manifiesta la trascendencia de la política salarial sobre la economía, la prohibición del art. 153.5 TFUE, junto con la falta de una habilitación expresa de los Tratados para intervenir en esta área mediante los instrumentos de coordinación económica, hacen difícil aceptar que la UE pueda actuar sobre los salarios tal y como lo está haciendo en el marco del Semestre Europeo. Hay que tener en cuenta, además, que las recomendaciones que exigen moderación salarial suelen propugnar también la reforma de los sistemas de negociación colectiva para garantizar un mayor control de los salarios a nivel de empresa. De ahí que los reglamentos de la gobernanza económica insistan en que sus disposiciones, así como las recomendaciones dictadas por el Consejo, no vulneran el derecho fundamental a la negociación colectiva del art. 28 CDFUE, ni la cláusula de diálogo social del art. 152 TFUE²⁷. Sin embargo, las meras declaraciones de intenciones no son suficientes para garantizar que en la práctica del Semestre Europeo se respetan de forma efectiva estos principios y derechos fundamentales.

Una intervención profunda en la política salarial de los Estados miembros y en sus sistemas de negociación colectiva, como la que se está produciendo en la actualidad, hubiera requerido una base legal más precisa. Probablemente hubiera sido necesario recurrir a la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE, como se hizo recientemente respecto a la huelga, que es otra de las exclusiones mencionadas en el art. 153.5 TFUE²⁸. Sin embargo, es evi-

dente que la tramitación de esta vía requiere más tiempo y comporta mayor complejidad, hasta el punto de que las iniciativas polémicas pueden fracasar, como sucedió con el Reglamento Monti II²⁹. Quizás por esa razón, y aprovechando la vinculación de la política salarial con la política económica, la UE haya optado una vez más por interpretar de manera amplia la competencia de coordinación de las políticas económicas, asegurándose una intervención profunda e inmediata en esta materia.

A la vista de todo lo dicho, se puede concluir que las competencias de coordinación de las políticas sociales y de empleo han quedado absorbidas en el marco de coordinación económica, perdiendo su carácter propio y la autonomía de la que habían disfrutado durante la Estrategia de Lisboa.

Con todo, lo más significativo de este fenómeno es que revela una decidida tendencia a la reformulación de las fuentes operativas en el plano económico, social y de empleo en el contexto de la actual Unión Monetaria. En efecto, las competencias de coordinación fueron creadas en la década de los noventa para vencer el recelo de los Estados miembros a ceder soberanía de cara a la implantación de la UEM. En mayor o menor medida estas competencias cumplieron la función asignada hasta que la profunda crisis económica y financiera abrió una nueva fase en el proceso de integración económica. En la actualidad, el buen funcionamiento de la Unión Monetaria requiere una Unión Económica más cohesionada y homogénea, y el dilema que se plantea es si las competencias de coordinación, tal y como están actualmente diseñadas en el TFUE, son las herramientas idóneas para conseguirlo.

²⁶ Véase al respecto la propuesta de SCIARRA, S., «Social law in the wake of the crisis», *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» INT*, 108 (2014) 5.

²⁷ Art. 1.3 y 6.3 del Reglamento (UE) N° 1176/2011, art. 1.4 del Reglamento (UE) n° 472/2013 y art. 1.2 del Reglamento (UE) n° 473/2013.

²⁸ Sobre el uso de aquella disposición para desarrollar políticas sociales, véase HENDRICKX, F., «Completing economic and social integration: towards labour law for the United States of

Europe», *Resocialising Europe in a time of crisis*, COUNTOURIS, N. y FREEDLAND, M. (eds.), Cambridge University Press (2013) 73.

²⁹ Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, Bruselas, COM(2012) 130 final, 21 de marzo de 2012.

3. ¿ES LA UEM EL NUEVO MOTOR DE LA POLÍTICA SOCIAL EUROPEA?

3.1. Una mirada hacia el futuro: el impacto social de la hoja de ruta para reforzar la UEM

Las respuestas de la UE frente a los embates de la crisis económica han sido adoptadas en un entorno caracterizado por la extrema urgencia, las diferencias políticas y la complejidad técnica de las soluciones propuestas, que han llevado al límite los márgenes de actuación que ofrecen los Tratados. Todo ello ha puesto en entredicho la compatibilidad de algunas de esas respuestas con el sistema jurídico europeo³⁰.

En todo caso, las instituciones europeas fueron conscientes muy pronto de la necesidad de emprender un debate sosegado acerca de los futuros pasos para continuar el proyecto de integración económica que ha sido reformulado en condiciones tan abruptas. El documento que inicia esa reflexión política, y que todavía hoy contiene las pautas esenciales del futuro desarrollo de la UEM, es la Comunicación de la Comisión «Un Plan director para una UEM profunda y auténtica. Apertura de un debate Europeo», publicada a finales de 2012³¹. Casi de forma simultánea, los entonces presidentes del Consejo Europeo, la Comisión, el Eurogrupo y el Banco Central Europeo suscribieron un informe conjunto que ratificaba y apoyaba las sugerencias hechas por la Comisión³².

³⁰ El ejemplo más significativo es el *Fiscal Compact*, cuya concordancia con el Derecho de la UE fue puesta a salvo por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/12, *Pringle*.

³¹ COM(2012) 777 final/2, 30 de noviembre de 2012.

³² «Hacia una auténtica UEM», informe publicado el 5 de diciembre de 2012, y elaborado por Herman Van Rompuy, Presidente del Consejo Europeo, en estrecha colaboración José Manuel Barroso, Presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, Presidente del Eurogrupo, Mario Draghi, Presidente del Banco Central Europeo. Un análisis crítico sobre ambos documentos y algunas otras propuestas en el mismo sentido se encuentra en LÓPEZ ESCUDERO, M., «La nueva gobernanza económica de la Unión Europea: ¿una auténtica unión económica en formación?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50 (2015) 416-428.

Desde la publicación de ambos documentos, las instituciones europeas y los Estados han trabajado en la dirección indicada por la Comisión para reforzar la UEM, pero los resultados alcanzados en este corto periodo de tiempo han sido desiguales. Probablemente por ello, en junio de 2015 se hizo público un nuevo informe, elaborado por Jean-Claude Juncker, presidente de la Comisión Europea, en estrecha colaboración con el presidente de la Cumbre del Euro, Donald Tusk, el presidente del Eurogrupo, Jeroen Dijsselbloem, el presidente del Banco Central Europeo, Mario Draghi, y el presidente del Parlamento Europeo, Martin Schulz, titulado «Realizar la UEM». Este documento renueva el compromiso político manifestado por primera vez en 2012, tomando como base los dos documentos anteriores, de modo que existe una clara continuidad política e ideológica entre todos ellos. La principal finalidad del denominado Informe de los Cinco Presidentes es ofrecer una hoja de ruta actualizada sobre el camino a seguir para alcanzar una UEM completa, ofreciendo nuevas alternativas a algunas propuestas fracasadas y corrigiendo ciertas deficiencias que habían sido apreciadas en los documentos anteriores, como por ejemplo, la escasa atención que se mostraba a los aspectos sociales de la integración.

Sin embargo, el futuro inmediato y mediano de la dimensión social de la UEM no se vislumbra a través de las expresas referencias del informe a la política social, que no van allá de genéricas alusiones a un mayor compromiso, por lo general con los grupos vulnerables, sin llegar a concretarse en ninguna iniciativa. Por el contrario, resultan de mayor interés para adivinar el futuro de la dimensión social las indicaciones sobre el reforzamiento de la integración económica, y en especial las relativas al desplazamiento hacia el nivel europeo de la toma de decisiones sobre aspectos esenciales del mercado laboral y los sistemas de protección social, así como el incremento del control acerca del cumplimiento de tales decisiones por los Estados.

En efecto, los tres documentos abogan por nuevas transferencias de soberanía en materia económica desde los Estados a la UEM. El modelo propuesto pretende aprovechar la estructura del actual sistema de coordinación y sus mecanismos, pero con una orientación más explícita hacia una perspectiva europea que persiga el interés común de la Eurozona. En esa línea, el salto cualitativo se produciría a medio plazo, cuando a través de una reforma legislativa que deberá incluir la modificación de los Tratados, se establezca un sistema de soberanía compartida sobre las políticas de interés común, así como un sólido proceso de toma de decisiones. De este modo, los Estados de la Eurozona deberán aceptar decisiones conjuntas sobre ciertos elementos de sus presupuestos y sus políticas económicas nacionales³³.

Aunque los documentos no se pronuncian al respecto, es probable que en tal escenario las competencias de coordinación se reformulen para crear una macro-competencia de guía política, supervisión y ejecución que aglutine las acciones llevadas a cabo en el plano económico, social y de empleo.

Una de las áreas de interés común sobre la que expresamente se propone esa soberanía compartida es el mercado de trabajo. La necesaria intervención de la UE sobre el mercado laboral como parte de la política económica aparece de manera transversal a lo largo de los tres documentos mencionados, que proponen reformas estructurales de conformidad con el concepto de flexiseguridad impulsado desde hace ya casi una década por la Comisión³⁴. Es también significativo que el Informe de los Cinco Presidentes pretenda revitalizar el Pacto por el Euro Plus, desplazado en los últimos ciclos del Semestre Europeo por otras herramientas acuñadas por el *six pack* y el *two pack*, sugiriendo incluso la integración parcial del mismo

en el Derecho de la UE³⁵. En este sentido, hay que recordar que la reactivación de la competitividad impulsada por el Pacto se basa en buena medida en el control de la evolución salarial, la flexibilización de los mercados laborales y el control del gasto público en pensiones y asistencia sanitaria, por lo que la incorporación del Pacto al ordenamiento jurídico europeo probablemente exigiría la previa reforma del sistema de competencias que se baraja³⁶.

De hecho, el control de la evolución salarial y su sometimiento a la productividad sigue siendo una de las preocupaciones fundamentales de la UE. Tras el fracasado intento de crear un Instrumento de Convergencia y Competitividad mediante el que los Estados con desequilibrios macroeconómicos podrían recibir ayudas a cambio de ejecutar las medidas correctoras acordadas con la Comisión y el resto de Estados de la Eurozona, en una suerte de condicionalidad *ligera* para la zona Euro³⁷, el Informe de los Cinco Presidentes propone la creación de un sistema de autoridades de competitividad.

A través de dicho sistema, compuesto por entidades nacionales independientes coordinadas por la Comisión, se pretende llevar a cabo en cada Estado el seguimiento de las políticas y de los resultados en materia de competitividad. Ello incluye supervisar que los salarios evolucionen paralelamente a la productividad y evaluar los progresos logrados por las reformas económicas. Los resultados de dicha supervisión se incorporarán al Semestre Europeo a través del procedimiento de desequilibrios macroeconómicos.

Debido a la incidencia que la actuación de las autoridades de competitividad podría tener

³³ Informe de los Cinco Presidentes, «Realizar la UEM», cit., apartado 1.

³⁴ Libro Verde de la Comisión, «Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI», COM (2006) 708, 22 de noviembre de 2006.

³⁵ Informe de los Cinco Presidentes, «Realizar la UEM», cit., apartados 2.1 y 5.

³⁶ Véase el análisis crítico de BARNARD, C., «The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A Labour Lawyer's Perspective», cit., 103-110.

³⁷ Comunicación de la Comisión «Un Plan director para una UEM profunda y auténtica. Apertura de un debate Europeo», cit.

en el derecho fundamental de negociación colectiva, el Informe de los Cinco Presidentes asegura que el objetivo de estas autoridades no es armonizar las prácticas y las instituciones que asumen la determinación de los salarios en los Estados miembros. Sin embargo, advierte de que «los actores nacionales, tales como los interlocutores sociales... deberán tener en cuenta las orientaciones de las autoridades durante las negociaciones salariales»³⁸. En definitiva, mediante este sistema la UE trata una vez más de reforzar su poder sobre un área estratégica desde el punto de vista macroeconómico, pero especialmente escurridiza, al situarse fuera de las competencias atribuidas por los Tratados. Tal intervención, sin duda, supone una amenaza para la negociación colectiva que, en caso de llegar a realizarse, limitaría la libertad de los negociadores de manera jurídicamente infundada, vulnerando el derecho a la negociación colectiva, ya que no hay ningún fundamento jurídico en el Derecho de la UE o en los sistemas constitucionales nacionales que pueda justificar que una autoridad ajena a los agentes sociales participe en negociaciones para la determinación de los salarios, orientándolas mediante consejos o directrices que necesariamente hayan de ser tenidos en cuenta por los negociadores.

Por último, la hoja de ruta propuesta respecto a la política presupuestaria tampoco resulta inocua para determinados aspectos laborales y de protección social vinculados a los presupuestos estatales –como por ejemplo, plantilla y salarios de los empleados públicos, gasto en pensiones, sistemas de salud y prestaciones de Seguridad Social–. La Unión presupuestaria hacia la que avanza la Eurozona implica un control más amplio del cumplimiento de la disciplina presupuestaria, llevado a cabo mediante un Consejo Fiscal Europeo consultivo; una mayor mutualización de la toma de decisiones acerca de los presupuestos nacionales que exigiría a medio plazo nuevas cesiones de soberanía; así como una función de estabilización pre-

supuestaria para la Eurozona que podría tener especial relevancia para hacer frente a altos niveles de desempleo, evitando el incremento desmesurado del gasto público y garantizando mediante condicionalidad el cumplimiento por parte de los Estados de las reformas necesarias para estimular el crecimiento y el empleo.

Las propuestas que se acaban de examinar son, a día de hoy, meras intenciones políticas cuya ejecución práctica es tan incierta como compleja, pues dependen en gran parte de una reforma del sistema de atribución de competencias plasmado en los Tratados que afecta a facetas muy delicadas de la política económica de los Estados miembros. Ahora bien, dicha incertidumbre contrasta con el sólido respaldo político con el que cuentan estas iniciativas, pues existe un amplio consenso en la Unión Europea y en la mayor parte de los Estados de la Eurozona en torno a la necesidad de avanzar hacia una mayor integración de las economías nacionales para garantizar el correcto funcionamiento del área monetaria única, y superar la actual fragmentación económica que las competencias de coordinación no han sido capaces de reconducir. Tal consenso, así como el hecho de que el proyecto se restrinja en principio a la Eurozona, incrementan sus probabilidades de éxito.

3.2. Una mirada al presente: algunos elementos claves de la dimensión social de la UEM

La atracción de las políticas sociales al marco de la coordinación de las políticas económicas, lejos de sofocar el interés por la dimensión social de la UE, lo ha relanzado, aunque bajo una nueva luz. Prueba de ello es la pretensión de desarrollar un pilar europeo de derechos sociales para obtener una convergencia renovada en la zona euro. Obviamente, esta estrategia de la Comisión se enmarca en el proyecto general de reforzar la UEM al que se ha hecho referencia en el apartado anterior³⁹.

³⁸ Informe de los Cinco Presidentes, «Realizar la UEM», cit., apartado 2.1, pág. 9.

³⁹ Comunicación de la Comisión, «Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales», cit.

El punto de arranque del actual impulso a la política social en la UEM es la idea de que en las economías avanzadas que basan su prosperidad en el crecimiento de la productividad y en la innovación, los resultados sociales y económicos son las dos caras de la misma moneda⁴⁰.

Esta lectura de la dimensión social de la UE –y en especial de la UEM– en clave económica da lugar a un concepto de política social diverso al inicialmente manejado en el Derecho social europeo, que se fundaba en las tradiciones sociales de los Estados miembros, plasmadas en sus constituciones. Mientras ese concepto tradicional, en torno al que se elaboró el Título de Política social del TFUE, se asentaba sobre la idea de una justicia social correctora de los efectos indeseados del funcionamiento del mercado común, el papel que hoy se atribuye a la política social consiste por el contrario en la sublimación de las dinámicas económicas y sus resultados⁴¹.

En concordancia con esta nueva orientación, el actual concepto de política social desplaza su centro de atención desde la protección a la promoción. Es decir, el principal objetivo de la actual política social no consiste tanto en proteger a las personas y grupos vulnerables, como en fomentar que los ciudadanos puedan hacer uso en la máxima medida de sus capacidades, al mismo tiempo que se garantiza la igualdad de oportunidades⁴².

⁴⁰ El Informe de los Cinco Presidentes no disimula que el interés por mejorar la situación social y de empleo «es también una necesidad económica», es decir, que para que la UEM tenga éxito es preciso que los mercados de trabajo y los sistemas de bienestar social funcionen bien (apartado 2.1). La misma orientación se encuentra en Comunicación de la Comisión «Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales», cit. apartado 2.2.

⁴¹ Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «Reforzar la Dimensión Social de la Unión Económica y Monetaria», COM(2013) 690 final, 2 de octubre de 2013, apartado 2.2. Esta perspectiva también se aprecia en Comunicación de la Comisión «Hacia una recuperación regeneradora de empleo», COM(2012) 173 final, 18 de abril de 2012, apartado 3.

⁴² Comunicación de la Comisión «Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales», cit. apartado 3.1.

El cambio de perspectiva provoca un nuevo balance en cuanto al peso atribuido a los elementos que conforman la política social. Algunos de ellos, afines a un enfoque corrector de las dinámicas del mercado, como el diálogo social y la negociación colectiva, han sido relegados a un segundo plano poco acorde con la relevancia que trata de otorgarles el art. 152 TFUE. En cambio, otros como la formación y capacitación profesional, que no integraban el núcleo duro de la política social, adquieren en el actual modelo un destacado relieve.

Pero probablemente lo más llamativo del actual enfoque de la política social en la UEM es que parece aceptar una concepción ya conocida –y aparentemente superada– en la historia del proceso de integración europea, a tenor de la cual el crecimiento económico y el menor nivel de desempleo que conlleva generan de forma natural bienestar social. Es decir, se asume que unos mercados laborales eficientes, que promuevan un alto nivel de empleo, darán lugar por sí mismos a sociedades más integradoras, por lo que incluso esa política social endógena al sistema económico que se trata de fomentar no tendría la necesidad de ser muy extensa ni muy activa⁴³. Obviamente, esta concepción alberga graves defectos de enfoque, pues no toma en cuenta elementos que pueden distorsionar los efectos benéficos del crecimiento del empleo, como su escasa calidad o su impacto sobre los grupos más vulnerables, a sabiendas de que las dinámicas del mercado apenas contienen elementos compensadores o redistributivos⁴⁴. Se advierte, por tanto, una excesiva confianza en el buen funcionamiento de la economía como motor de progreso social.

En todo caso, es cada vez más aguda la convicción de que la política social puede contribuir al mejor funcionamiento de la UEM desde

⁴³ Esta perspectiva se advierte, por ejemplo, en el Informe de los Cinco Presidentes, «Realizar la UEM», cit., apartado 2.1.

⁴⁴ Véase una crítica a esta concepción en DEAKIN, S., «Conceptions of the Market in Labour Law», *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU*, NUMHAUSER-HENNING, A. y RÖNNMAR, M. (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland (2013) 154-159.

dos perspectivas, una política y otra estrictamente funcional o técnica.

La legitimación política del proyecto europeo mediante la incorporación de la dimensión social tiene ya unas bases jurídicas sólidas, reforzadas incluso por el Tratado de Lisboa, en los arts. 2 y 3.3 TUE, así como en la cláusula transversal del art. 9 TFUE, que obliga a la UE a incluir la perspectiva social en todas sus políticas y acciones. Por consiguiente, la incorporación de estos principios sociales en los procesos de toma de decisiones de la gobernanza económica no es únicamente una cuestión de legitimidad, sino de cumplimiento de la legalidad.

Todos los ajustes de tipo social que se han llevado a cabo en el contexto de la gobernanza económica persiguen incrementar su legitimidad, pero esta finalidad es más visible en algunos de ellos, como los que tratan de dotar a los mecanismos de toma de decisiones de un carácter más abierto y participativo.

Una muestra reciente de esta reorientación es la modificación de la regulación jurídica de los Comités de Empleo y de Protección Social, mediante la que se definen sus funciones en el Semestre Europeo y se garantiza su participación en él, que aunque venía produciéndose en la práctica, no estaba asegurada a nivel normativo⁴⁵. Otro ejemplo es la intención de celebrar la Cumbre Social Tripartita en un momento temprano con relación al desenvolvimiento del Semestre Europeo, para que éste pueda beneficiarse de los resultados de la misma⁴⁶. Y, por último, también se advierte en los recientes ciclos del Semestre Europeo una mayor asiduidad en el uso del diálogo económico entre el Parlamento Europeo y la Comisión, el Consejo y el Eurogrupo⁴⁷.

⁴⁵ Decisión (UE) 2015/772 del Consejo de 11 de mayo de 2015 por la que se crea el Comité de Empleo y se deroga la Decisión 2000/98/CE, y Decisión (UE) 2015/773 del Consejo de 11 de mayo de 2015, por la que se crea el Comité de Protección Social y se deroga la Decisión 2004/689/CE.

⁴⁶ Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «Reforzar la Dimensión Social de la Unión Económica y Monetaria», COM(2013) 690 final, 2 de octubre de 2013.

⁴⁷ Además, el Informe de los cinco Presidentes manifiesta la intención de continuar reforzando dicho diálogo (apartado 5).

Desde una perspectiva funcional, la prevención y control temprano de los efectos desestabilizadores que pueden provocar a lo largo de la Eurozona los denominados *shocks* asimétricos, exigen la adopción de medidas relacionadas con el mercado laboral y los sistemas de protección social. Dejando de lado el control que la Comisión trata de ejercer sobre la evolución de los salarios a través del procedimiento de desequilibrios macroeconómicos, y sobre los sistemas de Seguridad Social mediante los mecanismos de supervisión presupuestaria⁴⁸, merece la pena resaltar otra serie de medidas características de la actual dimensión social europea.

En primer lugar, el modelo de flexiseguridad sigue siendo el referente de la política social laboral europea⁴⁹. Las restricciones presupuestarias y la aplicación de políticas de austeridad durante la crisis han impedido en muchos casos su implantación práctica, que exige una fuerte inversión pública. Es más, con frecuencia se ha producido una flexibilización de las relaciones laborales que no ha venido acompañada de la introducción de los elementos precisos para dotar de seguridad las transiciones entre empleos. A pesar de todo, en la actualidad se vuelve a insistir en la necesidad de desarrollar el carácter integrador de las políticas sociales en torno al concepto de flexiseguridad, cuyo contenido no ha variado respecto a sus pasadas formulaciones⁵⁰. Así pues, vuelven a primera línea las llamadas a la inversión en el desarrollo del capital humano, la formación a lo largo de la vida, o las políticas activas de empleo, dotadas de una orientación personalizada para mejorar la empleabilidad

⁴⁸ La calidad de las finanzas públicas y el rendimiento de los sistemas de bienestar social de la Eurozona siguen constituyendo una preocupación esencial dentro de la política social. Véase al respecto la Comunicación de la Comisión, «Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales», cit., apartado 2.3., y el capítulo III del Anexo «Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales», que acompaña a dicha Comunicación.

⁴⁹ Comunicación de la Comisión, «Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales», cit., apartado 2.3.

⁵⁰ Véase VALDÉS DAL-RÉ, F., «Flexiseguridad y mercado de trabajo», «El debate de flexiseguridad en la Unión Europea (I)» y «El debate de flexiseguridad en la Unión Europea (y II)», todos ellos en el *RL*, t. I (2010) 125-136, 147-15, 157-166, respectivamente.

de cada usuario. En estrecha conexión con el concepto de flexiseguridad, y para combatir la dualidad de los mercados laborales europeos y el empleo precario, surgen de forma recurrente propuestas en torno al contrato único⁵¹.

En segundo lugar, otro elemento esencial de la política social impulsada por el proceso de integración económica es la movilidad geográfica de la mano de obra entre Estados. Obviamente, no se trata de un elemento nuevo en el proyecto europeo, que desde su inicio se asentó en la libertad de circulación de los trabajadores como requisito previo para la creación de un auténtico mercado laboral europeo⁵². Ahora bien, esta vieja aspiración adquiere inusitada relevancia en el actual contexto de crisis, pues una alta movilidad de trabajadores permitiría reducir el impacto del desempleo en los Estados afectados de manera negativa por los *shocks* asimétricos y reequilibrar la demanda y la oferta de mano de obra en los mercados de trabajo de la Eurozona. Desde este punto de vista, la movilidad se presenta como un mecanismo de ajuste económico imprescindible para el buen funcionamiento de la UE en general, y de la Eurozona en particular, por lo que no basta con eliminar los obstáculos frente a la libertad de circulación, sino que además es preciso adoptar medidas activas para fomentarla. Ello explica la atención puesta en la Red EURES, que en los últimos años ha sido objeto de diversas reformas orientadas a potenciar su papel⁵³. De hecho, muy recientemente ha entrado en vigor

un nuevo reglamento cuya principal finalidad es corregir las insuficiencias detectadas en la Red como instrumento de intermediación laboral y dotarla de mayor eficacia⁵⁴.

En tercer lugar, el proceso de resocialización del sistema de gobernanza económica exige una precoz identificación de los desafíos sociales y de empleo. Para ello se han incorporado al procedimiento de corrección de los desequilibrios macroeconómicos una serie de indicadores sociales relativos a las tasas de desempleo, que prestan especial atención al desempleo juvenil y al de larga duración, así como a las tasas de pobreza y exclusión social⁵⁵. A este respecto, hay que recordar que la lucha contra la pobreza y la exclusión social es uno de los escasos objetivos sociales formulados en la Estrategia Europa 2020, aunque los avances obtenidos hasta ahora en este ámbito son prácticamente nulos, tal y como ha reconocido la propia Comisión⁵⁶.

Desde un punto de vista metodológico, es muy significativo que la dimensión social de la UEM se implemente mediante las mismas técnicas y métodos de análisis económico que se usan en la gobernanza económica, pues ello revela una vez más que la dimensión social que se impulsa nace de las dinámicas económicas del mercado único y forma parte de ellas. Un aspecto que hay que destacar es que la selección de los indicadores no es una tarea neutra, sino que entraña una valoración de extraordinaria relevancia acerca de cómo debe ser la dimensión social, y de las prioridades entre sus diferentes facetas. Sin embargo, dicha selección se ha lleva-

⁵¹ Capítulos II y III del Anexo «Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales».

⁵² BARNARD, C., *EU Employment Law*, cit., 35.

⁵³ La importancia de la Red EURES para estimular la libre circulación de trabajadores, de conformidad con el art. 45 TFUE y con los objetivos de la Estrategia 2020 fue puesta de manifiesto por la Comunicación de la Comisión «Hacia una recuperación regeneradora de empleo», COM(2012) 173 final, 18 de abril de 2012. Como resultado de ese nuevo impulso, la regulación jurídica de la Red EURES fue renovada mediante la Decisión de Ejecución de la Comisión de 26 de noviembre de 2012, relativa a la aplicación del Reglamento de Ejecución (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la puesta en relación y la compensación de las ofertas y demandas de empleo y el restablecimiento de EURES (2012/733/UE).

⁵⁴ Reglamento (UE) 2016/589 de 13 de abril de 2016 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo, y por el que se modifican los reglamentos (UE) nº 492/2011 y (UE) nº 1296/2011.

⁵⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «Reforzar la Dimensión Social de la Unión Económica y Monetaria», Bruselas, COM(2013) 690 final, 2 de octubre de 2013.

⁵⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Balance de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», Bruselas, COM(2014) 130 final, 5 de marzo de 2014, apartado 1.1.

do a cabo por la Comisión, eludiendo un proceso transparente, democrático y participativo.

Pese a las críticas que pueden oponerse a esta técnica de «resocialización» del Semestre Europeo⁵⁷, parece que el futuro se orienta en esta línea, caracterizada por el establecimiento de indicadores sobre los que se basan posteriores procedimientos de supervisión y vigilancia por parte de las instituciones europeas respecto de la situación interna de cada Estado miembro. De hecho, ante la incertidumbre acerca de la naturaleza jurídica del futuro pilar social de la Eurozona, cabe la posibilidad de que éste se configure como un procedimiento autónomo de detección y prevención de los desequilibrios sociales, con una estructura semejante al de los desequilibrios macroeconómicos⁵⁸.

En cuarto y último lugar, la inversión de fondos europeos en el desarrollo social es otro de los pilares básicos de la dimensión social de la UE, pero hay que advertir que a partir de 2013 la concesión de ayudas y su mantenimiento se supeditan a los resultados de los procesos de control y supervisión ejecutados en el Semestre Europeo y en el resto de los procedimientos que integran la gobernanza económica⁵⁹. En consecuencia, la Comisión puede solicitar al Estado beneficiario la revisión y modificación del acuerdo de asociación y de los programas pertinentes cuando sea necesario para contribuir a la aplicación de recomendaciones del Consejo. Incluso,

⁵⁷ Véase ROJO TORRECILLA, E., «La construcción de la dimensión social de la UE: muchos retos pendientes y muchas necesidades a las que responder», *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, vol. 2 (2014) 117-126.

⁵⁸ Ya se habían hecho propuestas en este sentido, como la de FERNANDES, S. y MASLAUSKAITE, K., «A social dimension for the EMU?: Why and how?», *Policy Paper – Notre Europe. Jacques Delors Institute*, 98 (2013) 9 y 10.

⁵⁹ Véase el art. 1 y Anexo I del Reglamento (UE) n° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) n° 1083/2006 del Consejo.

si el Estado no adopta las medidas necesarias, puede llegar a suspender de forma parcial o total los pagos de los programas afectados⁶⁰. En definitiva, se establece una relación de condicionalidad entre los Estados beneficiarios de los fondos y las recomendaciones específicas por país que cierran el ciclo del Semestre Europeo mediante la que se trata de reforzar el control ejercido por la UE a través de los mecanismos de gobernanza económica.

4. CONCLUSIÓN

En términos generales, la distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros, así como su alcance, revela el punto en que se encuentra el proceso de integración⁶¹. A la vista del análisis realizado, no cabe duda de que las competencias sociales atraviesan una fase crítica: por un lado, las de armonización han caído en desuso, y por otro, las de coordinación han sido absorbidas dentro de las estructuras de la gobernanza económica, perdiendo así su autonomía y su carácter abierto y participativo.

La presente situación pone de manifiesto que las decisiones sobre política social, ubicadas hasta ahora en su mayor parte en la esfera interna de los Estados miembros, han comenzado a desplazarse en buena medida hacia el nivel europeo. Tal desplazamiento, que augura una reformulación de las competencias de la UE en materia social, tiene lugar como resultado de la instauración del mercado único y de la UEM y, paradójicamente, es visto con buenos ojos tanto por quienes exaltan los beneficios del mercado único, como por quienes ven en él una amenaza para el Modelo Social Europeo. En efecto para algunos autores una de las cuestiones que evidenciaron las sentencias *Viking* y *Laval* es que los derechos sociales reconocidos a nivel interno —y por extensión, los sistemas socio-laborales que los sostienen—,

⁶⁰ Art. 23 del Reglamento (UE) n° 1303/2013.

⁶¹ LÖRCHER, K., «Social Competences», *The Lisbon Treaty and Social Europe*, BRUUN, N., LÖRCHER, K. y SCHÖMANN, I. (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland (2012) 165.

pueden distorsionar el correcto funcionamiento del mercado único⁶², por lo que es precisa una intervención a nivel europeo que neutralice ese riesgo⁶³. Pero, por otra parte, desde posiciones más cercanas a criterios de justicia social, se advierte de que las competencias de los Estados miembros en materia social se pueden ver sobrepasadas, y su ejercicio práctico bloqueado *de facto*, en un mercado único Europeo muy competitivo, bajo la seria amenaza del *dumping* social. Para evitar estos efectos se propone igualmente el desarrollo de una dimensión social a nivel europeo que actúe como garantía de unos derechos sociales mínimos⁶⁴.

Asumiendo, pues, que la instauración del mercado único y la UEM empujan a la política social desde la esfera interna estatal hacia el nivel europeo, la cuestión es hacia cuál de los dos extremos descritos se orientará el nuevo modelo. Como se ha visto, hasta ahora tal desplazamiento se está realizando mediante instrumentos de *soft law*, en el contexto de la gobernanza económica, y de forma favorable a los intereses del mercado único y de la UEM. Los documentos que diseñan la hoja de ruta para la profundización en la Unión Económica pretenden continuar esta línea, y por su parte, la consulta abierta sobre el pilar de derechos sociales también se inserta en este planteamiento.

Sin embargo, al amparo de los sistemas jurídicos nacionales y como parte del Estado del bienestar, la política social ha desempeñado –y aún desempeña– una función de contrapunto frente a las dinámicas económicas en favor de objetivos y valores relacionados con la justicia social y la dignidad humana que no se encuentran presentes en la lógica económica. La nue-

va dimensión social de la Unión Europea no puede desarrollarse de espaldas a esta función tradicional de la política social, por lo que es preciso avanzar hacia una concepción de política social compatible con el crecimiento económico, pero independiente del mismo y capaz de llevar a cabo una función de compensación de algunos efectos indeseados del mercado⁶⁵.

Los actuales Tratados ofrecen recursos jurídicos suficientes para construir esa dimensión social más integradora, pero hay que tener en cuenta que el reforzamiento de la Unión Económica exige una modificación del Derecho originario y, en tal caso, se planteará el desafío de mantener el precario equilibrio entre objetivos económicos y sociales alcanzado con el Tratado de Lisboa⁶⁶.

El camino hacia una auténtica economía social de mercado –según la expresión del art. 3.3 TUE– pasa inexcusablemente por la recuperación del lenguaje de los derechos mediante la técnica jurídica más adecuada para ello, que es el método comunitario. Como se ha dicho, hay todavía mucho espacio para el desarrollo de las competencias de armonización del art. 153.1 TFUE, y sería preciso hacer uso de ellas para fijar una serie de estándares legales básicos que preserven la calidad del empleo y de los sistemas de protección social, como elemento distintivo de las relaciones laborales en la UE⁶⁷. Además, el desarrollo de las fuentes jurídicas en materia social es necesario para dotar de eficacia a los derechos de solidaridad reconocidos en la CDFUE, y lograr

⁶⁵ DEAKIN, S., «The Lisbon Treaty, the *Viking* and *Laval* Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy"», cit., 36, 37.

⁶⁶ LIEBERT, U., «Reconciling market with Social Europe? The EU under the Lisbon Treaty», cit., 50-73.

⁶⁷ Sobre la necesidad de promover la armonización de ciertos estándares laborales básicos, véase, entre otros, DEAKIN, S., «Social Policy, Economic Governance and EMU: Alternatives to Austerity», cit., 104 y 105. En cuanto a la calidad del empleo como elemento distintivo de las relaciones laborales en Europa, véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, «Políticas sociales y de empleo –Un marco para invertir en la calidad», COM(2001) 313 final, 20 de junio de 2001.

⁶² GIUBBONI, S., «European Citizenship and social rights in times of crisis», *Working Paper-LPF*, 2 (2013) 14.

⁶³ En este caso, hay que recordar que, en efecto, se intentó esa intervención jurídica a través de la propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, COM(2012) 130 final, 21 de marzo de 2012, más conocida como Reglamento Monti II.

⁶⁴ LÖRCHER, K., «Social Competences», *The Lisbon Treaty and Social Europe*, cit., 167, 191-195.

que superen el obstáculo insalvable que hoy supone el art. 51 para muchos de ellos.

Ese contexto caracterizado por el reequilibrio entre las fuentes jurídicas y las técnicas políticas, así como por la revitalización de la función reordenadora del Derecho, debe constituir el marco dentro del que se enuncien las futuras

políticas sociales. Solo de esta forma será posible garantizar la coherencia entre las diversas herramientas y técnicas mediante las que la UE interviene en materia social, así como el equilibrado balance entre el buen funcionamiento del mercado único y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros que intentaron dar aliento al exhausto Modelo Social Europeo.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

Las crisis económicas que han asolado Europa en los últimos años han causado daños irreversibles en los sistemas socio-laborales de numerosos Estados miembros. Sin embargo, la Unión Europea nunca ha demostrado un interés tan vivo por la política social como en la actualidad. La dimensión social de la Unión Europea emerge con fuerza como parte del engranaje que garantiza el buen funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria. Ahora bien, esa pujante dimensión social no se nutre de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, como pretendía el viejo y desgastado Modelo Social Europeo. Por el contrario, la actual dimensión social se construye sobre las dinámicas del mercado único con la pretensión de optimizar su funcionamiento. El presente artículo se propone analizar la vinculación de la dimensión social europea con la competencia de coordinación de las políticas económicas, así como las perspectivas de futuro del horizonte social europeo.

Palabras Clave: Política social, gobernanza económica, competencias, Unión Económica y Monetaria, empleo, flexibilidad.

ABSTRACT

The economic crises that have swept through Europe in recent years have caused an irreversible damage to the social and labour systems in many Member States. However, the European Union has never been as interested as nowadays in social policies. The social dimension of the European Union emerges strongly as a part of the machinery that guarantees the proper functioning of the Economic and Monetary Union. Nevertheless, this booming social dimension is not fed by the constitutional traditions of the Member States in the way the old and worn European Social Model intended. On the contrary, the current social dimension is built on the dynamics of the Single Market in order to optimize its performance. This paper aims to analyse the link between the European social dimension and the competence of coordination of economic policies, as well as the future prospects within the European social horizon.

Keywords: social policy, economic governance, competence, Economic and Monetary Union, employment, flexicurity.

La movilidad internacional de trabajadores: Novedades normativas y jurisprudenciales en materia de contratos de trabajo plurilocalizados

International mobility of workers: New regulations and jurisprudence about contracts of multi-State workers

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO*

1. INTRODUCCIÓN

La existencia de contratos de trabajo conectados con más de un ordenamiento jurídico, también denominados contratos de trabajo plurilocalizados, son una realidad cada vez más asentada en nuestros días; no en vano la movilidad en el empleo o en la ejecución de órdenes empresariales se incrementa día a día. Y todo ello, sin descartar evidentemente otros contextos como los que se derivan de la movilidad intrínseca internacional, como es el caso de los trabajadores del transporte internacional, etc, que per se realizan una actividad eventualmente conectada con varios ordenamientos jurídicos. Estas situaciones pueden dar lugar a litigios o controversias que comportan la necesidad de dilucidar dos aspectos fundamentales a la hora de resolver estos asuntos. Así, como se sabe, en primer lugar se hace necesario determinar el juez competente para el conocimiento del conflicto (*forum*) para, por otra parte, establecer cuál de los distintos ordenamientos jurídicos en presencia es de aplicación al supuesto de hecho (*Ius*).

Como quiera que sobre el particular me he venido pronunciando en repetidas ocasiones, mi intención a lo largo de las siguientes páginas no es la de volver a realizar una descripción general de los distintos instrumentos existentes sobre la materia, sino más bien el de dar cuenta brevemente de las principales novedades que, tanto desde el punto de vista normativo como jurisprudencial, afectan a esta materia en concreto. Así, a continuación y en primer lugar, centraré mi atención en el denominado «nuevo» reglamento Bruselas I o Bruselas I bis, esto es, el Reglamento nº 1215/2012¹, que sustituye al Reglamento nº 44/2001 sobre competencia judicial, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como Bruselas I² (RB

¹ DOUE L351, de 20 de enero de 2012.

² DOCE L012, de 16 de enero de 2001. Para un comentario sobre la misma, véase NUYTS, A: «La refonte du règlement Bruxelles I», *Revue Critique de Droit International privé* 2013, vol. 102, nº 1, pp. 1-63. También POCAR, F: «Révision de Bruxelles I et ordre juridique international: quelle approche uniforme?», *Rivista di Diritto Internazionale privato e processuale*, 2011, vol. 47, pp. 591-600; DICKINSON, A: «The revision of the Brussels I Regulation. Surveying the proposed Brussels I bis Regulation. Solid Foundations but renovation Needed», *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010, pp. 247 y ss. HESS, B: «The Brussels I Regulation: Recent Case Law of the Court of

* Prof. T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

I), y que aún habiendo entrado ya en vigor, su aplicación se ha demorado hasta el 10 de enero de 2015³. Se trata de una reforma de cierta relevancia con respecto al régimen hasta hace pocas fechas aplicable y que afecta tanto a las reglas de competencia judicial internacional, como –sobre todo– al reconocimiento y ejecución de decisiones. En efecto, por lo que a esta última cuestión atiene, se ha suprimido el trámite del exequátur como procedimiento previo a la ejecución de una sentencia procedente de otro Estado miembro, también –obviamente– para las sentencias laborales. Como quiera que nuestro propósito es relativamente reducido, a continuación me referiré exclusivamente a las modificaciones efectuadas en relación con las reglas de competencia judicial internacional aplicables al contrato de trabajo⁴.

Por su parte, y en un momento posterior es propósito de la suscribiente realizar una reflexión sobre la jurisprudencia emitida por el TJ entre los años 2011 y 2013 en materia de ley aplicable a los contratos de trabajo plurilocalizados. Nos referimos concretamente a las sentencias de 15 de marzo de 2011, Asunto C-29/10, Caso Koelzsch⁵, que tiene por objeto la interpretación del art. 6.2.a) del CR⁶ (actual art. 8.2 RR I⁷) en un supuesto que tenía como

protagonista a un transportista por carretera, como a la sentencia de 15 de diciembre del mismo año, Asunto C-384/10, Caso Voogsgeerd c/ Navimer SA, donde la petición prejudicial se enmarcaba en la determinación del establecimiento contratante ex art. 6.2.b) CR (actual art. 8.3 RRI) en un caso donde el trabajador prestaba servicios a bordo de buques. Junto a las ya mencionadas, no podemos olvidar la última de las sentencias y más reciente sobre el particular. Me refiero a la Sentencia Schlecker, de 12 de septiembre del 2013, Asunto C-64/12, que circunda la interpretación del criterio de los vínculos más estrechos contenido en el art. 6.2 in fine del CR (actual art. 8.4 RR I), en un caso ligado a la movilidad en el seno de órdenes empresariales, cerrando de este modo –y por el momento– el círculo interpretativo sobre la ley aplicable a los contratos de trabajo plurilocalizados.

Ahora bien, no se trata, en esta vertiente, de realizar un comentario pormenorizado de las

aplicable a las obligaciones contractuales. DOUE L177, de 4 de julio de 2008. Sobre el particular, con carácter general, GARCÍA-MARTÍN ALFÉREZ, F.J.: «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario la Ley* nº 30 ,6957 de mayo de 2008, La Ley 2008/17139. KENFACK, H.: «Le règlement (CE) n.º 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Roma I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?», *Journal de Droit International* nº 1, 2009, pp. 39-1. LAGARDE, P y TENENBAUM, A.: «De la convention de Rome au règlement Rome I», *Revue critique de droit international privé* nº 2008 ,4, pp. 727 y ss. UBERTAZZI, B.: *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, 2008. GUZMÁN ZAPATER, M.: «El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo», *Aranzadi Civil-Mercantil* nº 2009 ,12, versión electrónica BIB 1678/2009. Desde nuestra perspectiva, véase GARDÉÑES SANTIAGO, M.: «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: Una oportunidad perdida», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VIII, 2008, pp. 387-424. MOLINA MARTÍN, A.M.: «Nuevo sistema de determinación del Derecho aplicable en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores: el reglamento Roma I», en VV.AA.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*. Volumen II, XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, pp. 236-261.

Justice and the Commission's proposed recast», *Common Market Law Review*, 2012, issue 3, pp. 1075 -1112.

³ DOUE L351, de 20 de diciembre de 2012.

⁴ También sobre esta cuestión, GRUSIC: «Jurisdiction in Employment matters Under Brussels I: a Reassessment», *International and comparative Law Quarterly*, vol. 61, nº 1, 2012, pp. 91-126 o también GULOTTA, C.: «L'estensione della giurisdizione nei confronti dei datori di lavoro domiciliati all'estero: Il caso Mahamdia e il nuovo regime del regolamento Bruxelles I-Bis», *Rivista di diritto Internazionale privato e processuale* nº 2013 ,3, pp. 644-619.

⁵ Comentada acriticamente por MASEDA RODRÍGUEZ, J.: «Prestación laboral ejecutada en varios Estados y ley aplicable al contrato individual de trabajo», *Diario La ley* nº 29 ,7662 de junio de 2011. La Ley 12236/2011. También por GRASS, E.: «Routiers polonais et principe de faveur en droit communautaire: l'important arrêt Koelzsch», *Droit Social* nº 7/8, 2011, pp. 849-852.

⁶ Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. JOCE L266, de 9 de octubre de 1980.

⁷ Reglamento comunitario nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre ley

sentencias anotadas⁸, sino –como se decía– el de examinar el alcance de las mismas en relación con la voluntad indisimulada y manifiesta del TJ por realizar una interpretación paralela entre los instrumentos de Derecho Internacional privado del trabajo. En efecto, el objetivo que el Tribunal de Luxemburgo persigue en estos casos no es otro que el de uniformizar y simplificar las soluciones sobre *forum / ius* aplicables al contrato de trabajo⁹ conectado con más de un ordenamiento jurídico sobre la base de priorizar el lugar de ejecución de servicios de los trabajadores en todo caso. En este sentido, es cierto que no parece muy coherente –a priori– que para el análisis de la concreción del juez competente y de la ley aplicable (o, incluso de la seguridad social aplicable) tengamos criterios distintos e incluso dispares, sobre todo en esta tipología de supuestos, donde de lo que se trata es de proteger a los trabajadores como contratantes débiles en el marco de la movilidad internacional de trabajadores.

2. NOVEDADES NORMATIVAS EN MATERIA DE FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL APLICABLES AL CONTRATO DE TRABAJO EN EL «NUEVO» BRUSELAS I O BRUSELAS I BIS

Como ya se ha anunciado, el pasado 10 de enero de 2015 entró en vigor el «nuevo RB I» o «RB I bis», que ha venido a modificar tanto las

reglas sobre competencia judicial internacional como las de reconocimiento y ejecución de decisiones. Por lo que respecta a las primeras, sobre las cuales nos detendremos a continuación, podemos decir que han sido varias las reformas operadas y que afectan a la determinación del juez competente en los litigios derivados del contrato de trabajo plurilocalizado. De entre los cambios más significativos en este ámbito destacan, por orden de relevancia, fundamentalmente tres:

- a) La primera y de mayor impacto por su novedad con respecto a la regulación anterior, viene constituida por la extensión de los foros en materia de trabajo ex art. 19.2 RB I a empresarios demandados domiciliados en un tercer Estado. En particular, el art. 21.2 del RB I bis señala que «*Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b)*».
- b) La segunda de las novedades que presenta el nuevo RB I y que tiene por objeto mejorar las condiciones de acceso a la justicia por parte de los trabajadores demandantes queda contenida en el art. 20.1 del nuevo RB I o RB I bis, por cuanto que viene a corregir la jurisprudencia dictada por el TJ a propósito del foro de conexidad¹⁰ contenido en el asunto C-462/06, Glaxosmithkline, de 22 de mayo de 2008¹¹.
- c) Finalmente, la última de las novedades se refiere a la prórroga de compe-

⁸ Ya que me he ocupado de algunos de ellos en otros comentarios, como es el caso, por ejemplo, del comentario titulado «What law for the international maritime employment contracts?: between flexibility and reasonableness», *Il diritto marittimo*, vol. 115, nº 2, 2013, pp. 287-303 o, más recientemente, «Cerrando el círculo: El caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado», *Temas Laborales* nº 123 2014, pp. 108-79.

⁹ Sobre el particular, con carácter general, GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: «Las relaciones entre Forum-Ius en el Derecho Internacional Privado. Caracterización y dimensiones del problema», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. IV, 1977-78, pp. 89-136.

¹⁰ Sobre el citado foro, en general, véase HEREDIA CERVANTES, I: *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Comares editorial, Granada, 2000. También AGUILAR GRIEDER, H: *Acumulación de procesos en litigios internacionales*, Tirant lo blanch editorial, Valencia, 2004.

¹¹ Sobre el cual realicé el oportuno comentario crítico en «Competencia judicial internacional en pleitos laborales con pluralidad de demandados», *Aranzadi Social* nº 10, 2008, pp. 69-90.

tencia o sumisión tácita contenida en el art. 26.2 nuevo RB I o RB I bis), que establece la obligación del órgano jurisdiccional que conociere del asunto y con anterioridad a asumir su competencia de informar al contratante débil en relación con su derecho a impugnar la competencia tácita y las consecuencias que conlleva el que éste comparezca o no ante el tribunal en cuestión.

2.1. La extensión del foro de competencia a empresarios domiciliados en terceros Estados

Como ya hemos anunciado con anterioridad, es posible destacar en el orden de modificaciones efectuadas por el RB I bis, la efectuada sobre la sección 5º sobre competencia en materia de contratos individuales de trabajo (arts. 20 a 23 nuevo RB I), fundamentalmente por lo que se refiere a la extensión de la competencia frente a los empresarios no domiciliados en la UE. En efecto, con la nueva redacción operada sobre el art. 21.2 RB I bis se posibilita que los trabajadores puedan demandar también a aquéllos, aún cuando no posean sucursal, agencia o establecimiento en el territorio de algún Estado miembro, como acaecía con el régimen anterior contenido en el art. 18.2 RB I¹². Hasta el momento, esta facultad quedaba relegada, de acuerdo al art. 4.1 RB I¹³ a que el derecho interno de los Estados permitiera a los trabajadores demandar a empresarios domiciliados en terceros Estados, esto es, en nuestro caso, de acuerdo a lo dispuesto en

el art. 25.1 LOPJ¹⁴. Esta disposición, como se sabe, reconoce la competencia de los tribunales españoles en materia de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

La necesidad de ampliar los foros de ataque para el trabajador viene precedido de un análisis y estudio por parte de la Comisión sobre las normas nacionales de competencia subsidiaria, que ponía de manifiesto que en ocho Estados miembros no se contemplaba ninguna norma jurisdiccional de protección de los trabajadores en estos casos, por lo que era complicado demandar a un empresario no europeo¹⁵. Esta realidad, como se ha apenas señalado no concurría en nuestro caso,

¹⁴ El art. 25 de la LOPJ no ha sido objeto de reforma mediante la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial (BOE nº 174, de 22 de julio de 2015), cuya entrada en vigor se producirá el día 1 de octubre de 2015. No obstante, hay que tomar en consideración que otras disposiciones de la norma sí afectan al régimen de competencia judicial internacional aplicable a los contratos de trabajo. Asimismo, y aunque no sea objeto de análisis, para esta temática en concreto se ha tomado también en consideración la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil (BOE nº 182, de 31 de julio de 2015) que es de aplicación a los contratos de trabajo. Para un análisis en profundidad del art. 25 de la LOPJ, *vid.* ZABALO ESCUDERO, Mª E: «La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo. (El artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985)», *Revista española de Derecho Internacional*, vol. XXXVI-II, 1986, pp. 613-629.

¹⁵ NUYTS, A: *Study on residual jurisdiction (review of the member state's rules concerning the «residual jurisdiction» of their courts in civil and commercial matters pursuant to the Brussels I and II Regulations*, versión de 3 de septiembre de

¹² Para una interpretación de esta disposición, véase la sentencia Mahamdia, de 19 de julio de 2012. Asunto C-154/11, Ahmed Mahamdia contra Argelia, comentada por GULOTTA, C: «L'estensione della giurisdizione nei confronti del datori di lavoro domiciliati...», *loc. cit.* pp. 632 y ss.

¹³ Art. 4.1 RB I: «Si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 22 y 23».

al contar con el art. 25.1 LOPJ, por lo que –como se ha venido a decir– *«En el caso del Derecho español, la extensión del ámbito de aplicación del Reglamento tampoco añade mucho en este sector si tenemos en cuenta la amplitud de foros que recoge el art. 25 LOPJ¹⁶»*.

Ahora bien, sin perjuicio de nuestra realidad interna, desde aquí se considera positiva la modificación realizada con respecto al régimen anterior, ya que este foro tendrá operatividad en los supuestos en los que las normas internas de otros Estados miembros no protegieran convenientemente a los trabajadores empleados por empresa de un tercer país para prestar servicios en el territorio de la UE¹⁷.

Por lo que atiene a la posibilidad de demandar a un empresario situado en un tercer Estado, la norma exige que exista un estrecho ligamen entre el procedimiento laboral internacional y el territorio de la UE¹⁸, lo cual se producirá en el marco de los contratos de trabajo cuando la empresa domiciliada en un tercer Estado haya asumido la prestación de servicios del trabajador en

algún territorio de la UE, esto es, desarrollen su actividad laboral habitual en, o, desde¹⁹ el territorio europeo para la empresa situada en un tercer país, pero también cuando no dándose esta circunstancia, el trabajador haya sido empleado en un establecimiento situado en la UE, de acuerdo a lo establecido en el art. 21.2 RB I bis.

El hecho de basar la posibilidad de demandar a un empresario domiciliado en un tercer país sobre la existencia de un estrecho ligamen basado en la prestación de servicios en el territorio de la UE es lógica, por cuanto que es objetivo o finalidad esencial de este tipo de regulaciones la protección del contratante débil, de tal manera que el espíritu que ha presidido la introducción de este foro es el de tratar de garantizar la aplicación de las disposiciones imperativas del derecho europeo que tutelan a los trabajadores, al igual que ya acaece con otras normas europeas en materia fundamentalmente de información y de consulta a los representantes de los trabajadores en empresas multinacionales²⁰.

2007. http://ec.europa.eu/justice_hombe/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm

¹⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FJ y SÁNCHEZ, S: «El nuevo Reglamento Bruselas I: Qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial», *Civitas-Revista española de Derecho europeo* nº 2013, 48, pp. 35-9, y en concreto en la p. 15.

¹⁷ Al respecto, *vid.* Considerando 14 RB I bis. «*Todo demandado que no esté domiciliado en un Estado miembro debe estar sometido, por regla general, a las normas nacionales sobre competencia judicial aplicables en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto. No obstante, para garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva, y respetar la autonomía de las partes, determinadas normas sobre competencia judicial contempladas en el presente Reglamento deben aplicarse con independencia del domicilio del demandado.*»

¹⁸ Véase Considerando 13 RB I bis. «*Debe existir una conexión entre los procedimientos a los que se aplique el presente Reglamento y el territorio de los Estados miembros. Por consiguiente, las normas comunes sobre competencia judicial deben aplicarse, en principio, cuando el demandado esté domiciliado en un Estado miembro.*»

¹⁹ La inclusión del «desde» en el 21.1.b) de Bruselas I bis es otra de las novedades que presenta este instrumento jurídico y tiene como objetivo el de corresponder el *forum* con el *lus*, no en vano el actual art. 8.2 Roma I contiene una previsión similar, si bien para la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo.

i) ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o

²⁰ Es el caso, por ejemplo, de la Directiva 94/45/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 1994 sobre comité de empresa europeo, hoy constituida por la Directiva 2009/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009. En particular, el art. 3.6 de este instrumento incluye una disposición de derecho internacional privado orientada a impedir que a través del reenvío a una ley extranjera se reduzca el campo de aplicación de la misma por parte de las sociedades madre extraeuropeas cuando traten de negar el control que ejercen en las filiales situadas en el espacio europeo. De manera similar opera el art. 2.4 de la Directiva 98/58/CE sobre despidos colectivos, así como también el art. 7.4 de la Directiva 2001/23/CE, sobre protección de los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresas, donde se establece que las obligaciones de información y consulta a los representantes de los trabajadores subsisten independientemente del hecho de que las decisiones

2.2. El foro por conexidad en el marco de los contratos de trabajo plurilocalizados o la definitiva corrección de la jurisprudencia del TJ sobre la materia

La segunda de las novedades introducidas en el nuevo RB I trae causa en la necesidad de revisar una sentencia del TJ del año 2008 que denegaba la posibilidad de emplear el foro por conexidad o foro de la pluralidad de demandados en el marco de los contratos de trabajo plurilocalizados. En efecto, la STJCE de 22 de mayo de 2008, Asunto Glaxosmithkline²¹ vino a resolver el litigio planteado entre el Sr. Rouard y las sociedades Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline, establecidas respectivamente en el Reino Unido y en Francia y consideradas por el Sr. Rouard como sus co-empleadores, a las que el Sr. Rouard reclamaba el pago de diversas cantidades en concepto de indemnizaciones por despido y por la extinción inprocedente del contrato de trabajo.

En este caso, se interrogó al TJ si era posible la aplicación de la regla de competencia especial contenida en la disposición 6ª, párrafo 1º del RB (actual art. 8.1 RB I bis), que permite demandar a varias personas ante el órgano jurisdiccional del domicilio de una de ellas cuando las demandas son conexas²². En este supuesto, el TJ sostuvo que la regla de competencia especial prevista en el art. 6.1 RB no podía aplicarse a un litigio regido por la sección 5ª del RB sobre contratos de trabajo. Y ello sobre la base de dos argumentos bastante simples: El primero, que el art. 6.1 RB no se encuentra dentro de las disposiciones

relativas a los despidos colectivos o de transmisión hayan sido tomadas por el empresario o por la empresa que la controle.

²¹ C-462/06.

²² Las personas a las que se refiere el artículo anterior también podrán ser demandadas: 1) si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente.

de la citada sección y, el segundo de los motivos esgrimidos por parte del tribunal para denegar tal posibilidad se basaba en que desde la citada sección 5ª no existe remisión alguna a dicho foro. En consecuencia, y siempre de acuerdo con la interpretación del tribunal de Luxemburgo, un trabajador ante un litigio donde existen varios empleadores situados en distintos Estados miembros se veía en la obligación de demandar a cada uno de ellos ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se encuentre su domicilio social.

Pues bien, lo que el Reglamento del año 2012 recoge en su art. 20.1. in fine²³ es la remisión al art. 8.1 del mismo²⁴ que regula el foro de pluralidad de demandados, de tal manera que a partir de ahora se faculta que los trabajadores puedan demandar a ambos empresarios ante los tribunales del domicilio de cualquiera de ellos. Este resultado es sumamente positivo, ya que se trata de un foro cuyo alcance y operatividad en el marco de litigios derivados de contratos de trabajo plurilocalizados es enorme, sobre todo cuando el demandado/s es un grupo de empresas o en los supuestos de intermediación en la figura del empresario.

2.3. La inclusión de la obligación de informar al trabajador en el supuesto de prórroga de competencia de carácter tácito

Por lo que se refiere, en tercer y último lugar a las principales novedades en materia de

²³ Art. 20.1 RB I bis: «En materia de contratos individuales de trabajo, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, el artículo 7, punto 5, y, en caso de demanda interpuesta contra un empresario, el artículo 8, punto 1».

²⁴ Art. 8.1 RB I bis: «Una persona domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada: 1) si hay varios demandados, ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente»;

contrato de trabajo en el contexto del nuevo RB I, se ha de abordar la alteración producida sobre el régimen relativo a la sumisión tácita, que se incluye en el art. 26.2 del mismo²⁵. Como se sabe, el RB I ha venido reconociendo la posibilidad de prórroga de competencia de carácter tácito también aplicable a los contratos de trabajo, que recordemos prevalece —en caso de producirse— sobre las demás reglas de competencia. De este modo, y de acuerdo al art. 24 RB I (hoy art. 25 RB I bis), es competente para conocer de un litigio laboral, el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que compareciere el demandado. En consecuencia, la regulación hasta ahora vigente determinaba que si ambas partes, después de manifestarse la controversia (que motiva el pleito) comparecen y no impugnan la competencia de ese tribunal, se presume que esa autonomía de la voluntad sobrevenida es válida, ya que nada ni nadie obliga a esa presentación de la demanda en otro tribunal, o a la comparecencia del trabajador como demandado en un foro que no le «protege» en los términos del Reglamento.

Tras la reforma operada en el actual art. 26.2 RB I bis, en los supuestos de existencia de prórroga tácita, el órgano jurisdiccional que conociere del asunto y antes de asumir su competencia, debe informar al trabajador *de su derecho a impugnar la competencia y de las consecuencias de comparecer o no*. Se trata de una mejora sensible con respecto a la redacción anterior, máxime teniendo en cuenta que la sumisión tácita se puede realizar a favor de un tribunal ajeno a la relación laboral y, en consecuencia, no demasiado beneficioso a los intereses del trabajador. A lo anterior debemos añadir que la obligación de informar establecida en la norma es positiva, ya que para

este tipo de supuestos no se establece ninguna previsión protectora para el contratante débil, como sí acaece en los supuestos de sumisión expresa.

3. UNA VISIÓN CRÍTICA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TJ EN MATERIA DE LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO PLURILocalIZADO Y LA INTERPRETACIÓN PARALELA CON RESPECTO A LA JURISPRUDENCIA EMITIDA EN MATERIA DE FORUM

Habiendo explicitado las novedades normativas contenidas en el «nuevo» RB I bis, es el turno de abordar, como se decía al comienzo de estas páginas, los pronunciamientos dictados por el TJ en materia de ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado entre los años 2011 y 2013. Pues bien, los dos primeros asuntos que llegaron al TJ en el año 2011, asuntos Koelzsch y Voogsgeerd tenían por objeto dilucidar, respectivamente, el alcance de los dos primeros criterios de conexión rígidos contenidos en el CR de 1980, hoy RR I, esto es, la interpretación de la *lex loci laboris* y la *lex loci celebrationis* en dos supuestos donde los protagonistas eran trabajadores de transporte internacional. Ambos litigios tenían como punto en común la necesidad de conciliar el criterio de *electio iuris* en materia contractual (art. 3 y 6.1 CR; art. 8.1 RR I) con la necesaria protección del contratante débil en la relación laboral, ya que en ambos casos las partes habían seleccionado un ordenamiento jurídico de aplicación que, de acuerdo al propio instrumento convencional, hoy reglamento, no puede tener por objeto privar al trabajador de la protección que le dispensen las normas imperativas que fueran de aplicación en defecto de elección.

De este modo, el TJ se va a adentrar, primero (Koelzsch), en la interpretación del actual art. 8.2 RR I que señala que *el contrato de trabajo se regirá por la ley del país en el cual o,*

²⁵ Art. 26.2 RB I bis: «En las materias contempladas en las secciones 3, 4 o 5, si el demandado es el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no».

en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución de su contrato, realice su trabajo habitualmente, para con posterioridad (Voogsgeerd) abordar el análisis del art. 8.3 RR I, que dispone que, en los supuestos en los que no pueda determinarse la ley aplicable mediante la primera operación, entonces el contrato de trabajo se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. Ahora bien, se ha de tener en cuenta que ambos criterios pueden ser, a su vez, descartados por la aplicación de la cláusula de excepción (art. 8.4 RR I), según la cual, será de aplicación el ordenamiento jurídico con el que el contrato presente los vínculos más estrechos. Esta cláusula de excepción ha sido objeto de análisis por el TJ en el año 2013 (Asunto Schlecker), cerrando así, el círculo interpretativo en relación a la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado.

En estas circunstancias, lo primero que hay que señalar es que fundamentalmente las dos primeras sentencias merecen por sí mismas una particular atención, no en vano, el TJ analiza estas cuestiones con carácter general en asuntos relativamente complejos, como es la prestación de servicios internacional de carácter itinerante que presentan los trabajadores del transporte internacional (ya sea un transportista por carretera o un trabajador del mar en cada uno de los supuestos anotados). Pero más allá de esta realidad, como se decía al comienzo de estas páginas, nuestro propósito es adentrarnos de manera crítica en la interpretación paralela que de ambos criterios conflictuales realiza el TJ con respecto a lo dispuesto en el RB I para la competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo, lo que por otra parte ha sido saludado por la doctrina mayoritaria.

En efecto, si nos atenemos a las dos primeras sentencias emitidas sobre el particular (Koelzsch y Voogsgeerd), el TJ «importa» al ámbito del *Ius*, la jurisprudencia emitida a propósito de la interpretación del art. 5 del Convenio de Bruselas, hoy RB I, lo cual hace fundamentalmente y de manera indisimulada en el primero de los casos citados. No obstante, lo que debemos preguntarnos es si esa interpretación

paralela es la más adecuada en todos los casos. Y ello así, ya que si bien es cierto que ambos conjuntos normativos presentan nociones sino idénticas, similares entre sí, dado el claro objetivo de hacer coincidir —siempre que ello sea posible— *forum/ius* en el contexto de los contratos de trabajo; no podemos desdeñar tampoco que la finalidad que persiguen ambos bloques normativos, aunque presididos por una misma intención tuitiva, no es exactamente el mismo, ni responden por tanto a la misma lógica.

Para ejemplificar la crítica a la que hacía referencia líneas más arriba, me voy a centrar —por cuestiones de espacio— en la sentencia emitida por el TJ a propósito del asunto Koelzsch, de cuya jurisprudencia —además— pende la solución dada en al asunto Voogsgeerd, no en vano realiza una interpretación extensiva y prioritaria de la *lex loci laboris* sobre la *lex loci celebrationis* a la que califica de subsidiaria en todos los casos en los que ello sea posible. Pues bien, en este caso, el TJ va a interpretar la noción de habitualidad contenida en la noción de *lex loci laboris* o la ley del «país donde con carácter habitual el trabajador presta servicios» [art. 6.2.a) CR y actual art. 8.2 RR I], que figura «prácticamente» de manera idéntica en el art. 5.1 Convenio de Bruselas, hoy sensiblemente alterado en el art. 21.1.b.i) RB I bis, aunque en un supuesto de prestación de servicios realizado en itinerancia. Y ello así, porque el TJ llega a la conclusión en este caso que por tal noción no sólo hay que entender el país donde el trabajador presta servicios con carácter habitual, sino también el país «a partir del cual» desarrolla su actividad, siguiendo a estos efectos la jurisprudencia dictada por el TJ en materia de *forum*²⁶

²⁶ Por lo que atiene a la interpretación del art. 5.1 CB en relación con los contratos de trabajo y con anterioridad a las sentencias Mulox y Rutten véase el trabajo realizado por PATAUT, É: «L'Office du juge communautaire dans le contentieux international du travail» en *Procès du travail, travail du procès*, LGDJ editorial, Paris, 2008, pp. 326 y ss. También GAUDEMET-TALLON, H: «Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)» en *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris, 2010, pp. 305 y ss]. De este modo, debemos remontarnos al año 1982, cuando

en los asuntos *Mulox* y posteriormente *Rutten*²⁷.

En efecto, en ambos casos, la noción de habitualidad, entendida hasta ese momento como el lugar donde se realiza la obligación característica del contrato, esto es, el lugar donde debe desempeñarse el trabajo tuvo que ser reinterpretada para acomodarse a los litigios derivados de los contratos de trabajo en los que la prestación de servicios no se desempeña

exclusivamente en un único Estado miembro. En efecto, el problema de la multiplicidad de lugares de ejecución del trabajo se planteó en las Sentencias de 13 de julio de 1993 (*Mulox*²⁸) y de 9 de enero de 1997 (*Rutten*²⁹); litigios en los que se trataba de identificar el lugar principal de ejecución de los servicios cuando el trabajador es desplazado temporalmente en el marco de una prestación de servicios.

Así, en el caso *Mulox* se planteó el problema de la realización del trabajo en diversos Estados contratantes a los que el trabajador era desplazado habitualmente, y, en consecuencia, la dificultad de seleccionar, entre varios foros, aquél que es el competente finalmente para conocer del caso. A tal fin, el TJCE declara que cuando el trabajador desenvuelve su actividad en diversos Estados, la prestación característica del contrato se localiza en el lugar, en el

el tribunal en el asunto *Ivenel* [Sentencia de 26 de mayo de 1982, *Ivenel* (133/81m Rec. p. 1891)] vino a apartarse de la interpretación general realizada en el año 1976 en los asuntos *De Bloos* y *Tessili* [Sentencia de 6 de octubre de 1976, *De Bloos* (14/76, Rec. p. 1497) y Sentencia de 6 de octubre de 1976, *Tessili* (12/76, Rec. p. 1473)]. Sobre esta cuestión, REQUEJO ISIDRO, M.: «Tessili y concorde, De Bloos y Lethertex, o la determinación del lugar de ejecución de la(s) obligación(es) que da(n) base a la demanda: Un tribunal de Justicia de las comunidades europeas fiel a sí mismo, veintitrés años después», *La Ley-Unión Europea* nº 2000, 4967, pp. 4-1], señalando que era preciso distinguir los contratos de trabajo de los restantes dada la necesidad de proteger al contratante débil en este contexto. En efecto, el TJ pronto vio la necesidad de consagrar un foro específico en materia de competencia judicial internacional para los litigios surgidos a propósito de un contrato de trabajo internacional con el fin de establecer un concepto específico a los efectos del contrato de trabajo en el CB. Así, desde entonces, se considera que el lugar de ejecución de la obligación en los contratos de trabajo es aquél donde se realiza la obligación característica del contrato, esto es, el lugar donde debe desempeñarse el trabajo.

²⁷ También de la sentencia *Six constructions*, aunque a diferencia de las anteriores la ejecución múltiple se había desenvuelto en distintos países extracomunitarios. STJCE, Asunto 32/88, de 15 de febrero de 1989, *Six constructions*, Recop. 1989-I, pp. 341 y ss. No obstante, debe distinguirse este asunto de los otros dos citados supra, ya que se trataba de un litigio derivado de una relación laboral cuya obligación característica –prestación de servicios– se había desempeñado indistintamente en varios países extracomunitarios. La solución que aporta el tribunal comunitario es la de entender inaplicable el art. 5.1 CB y basar la competencia de los tribunales belgas, sobre la base del foro general del domicilio del demandado (art. 2 CB). Esta interpretación tiene su interés en todos aquellos supuestos en los que la actividad laboral no se ha desarrollado en el territorio de los Estados miembros; o incluso en aquellos casos en los que no es posible adscribir la prestación de servicios a ningún territorio como espacio físico, de tal manera que se haya de acudir para fundamentar la competencia de un órgano jurisdiccional comunitario, o bien al foro general del domicilio del demandado –como resulta de la interpretación efectuada por el TJCE–, bien ante los tribunales designados mediante el foro del establecimiento que hubiera o hubiere contratado al trabajador [art. 19.2.b) RB].

²⁸ STJCE de 13 de julio de 1993, Asunto C-125/92, Recop. 1993, pp. 4075 y ss. 2 El litigio se planteó entre la sociedad inglesa, *Mulox IBC Ltd*, con domicilio social en Londres (en lo sucesivo, «*Mulox*»), y uno de sus antiguos empleados, el Sr. Hendrick Geels, nacional neerlandés, con domicilio en Aix-les-Bains (Francia), como consecuencia de la resolución de su contrato de trabajo por parte de su empresa. El Sr. Geels, que fue contratado por *Mulox* en calidad de Director de Marketing Internacional con efecto a partir del 1 de noviembre de 1988, estableció su despacho en su domicilio de Aix-les-Bains y se dedicó, en un principio, a introducir los productos de *Mulox* en Alemania, Bélgica, Países Bajos y los países escandinavos, lugares a los que se desplazaba con frecuencia. A partir del mes de enero de 1990, el Sr. Geels ejerció sus actividades en Francia. Como consecuencia de la resolución de su contrato de trabajo, el Sr. Geels presentó una demanda contra su antigua empresa ante el conseil des prud'hommes d'Aix-les-Bains con el fin de obtener una indemnización por incumplimiento de plazo de preaviso y por daños y perjuicios. Mediante resolución de 4 de diciembre de 1990, este órgano jurisdiccional se declaró competente al amparo del número 1 del artículo 5 del Convenio y, con arreglo a la ley francesa, condenó a *Mulox* a pagar al Sr. Geels distintas sumas en concepto de indemnizaciones. Entonces, *Mulox* interpuso un recurso ante la cour d'appel de Chambéry, en el que alegaba que los órganos jurisdiccionales franceses no eran competentes para conocer del litigio, debido a que el lugar de cumplimiento del contrato de trabajo controvertido no se limitaba a Francia, y a que *Mulox* tenía su domicilio en el Reino Unido. Comentario de KERCKHOVE, E.: «Le contrat de travail exécuté dans plusieurs États membres de la Communauté», *Droit Social*, núm. 3-1994, pp. 309-314.

²⁹ STJCE de 9 de enero de 1997, Asunto C-383/95, Rec. p. 1-57).

cual, o, a partir del cual, el trabajador cumpla principalmente sus obligaciones con respecto a la empresa; aunque con carácter temporal se desplace a otros países. De este modo, el Tribunal comunitario introduce la distinción entre el carácter habitual de prestación de servicios y el carácter principal de ejecución; que –lógicamente– no tiene porqué ser coincidente; de lo cual resulta –como es visible– una interpretación forzada de la noción contenida en el art. 5.1 CB (actual art. 19.2.a) RB)³⁰.

La distinción interpretativa generada por el TJ en el caso anterior, no evitó que siguieran sucediéndose dificultades a la hora de determinar el alcance de la noción de «*lugar en el que el trabajador cumple habitualmente su trabajo*». Estos problemas fueron disipados en el siguiente caso que llegó a instancias comunitarias, esto es, en la sentencia *Rutten*³¹. En el supuesto resuelto en este pronunciamiento, el TJCE completó la jurisprudencia dictada a propósito del caso *Mulox*, señalando que en los

supuestos de contratos de trabajo ejecutados indistintamente en distintos Estados, el tribunal competente para conocer del litigio será el del país donde el trabajador haya establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales. Para la determinación concreta de dicho lugar, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que el trabajador pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo en uno de los Estados contratantes, donde posee un despacho desde el cual organiza sus actividades por cuenta de su empresa y al que regresa después de cada viaje profesional al extranjero.

Como es visible, en los dos supuestos que acabamos de exponer se trataba de casos en los que era posible caracterizar un lugar fijo desde el cual el trabajador parte para desempeñar servicios, lo que de por sí define los supuestos de desplazamiento temporal. Desde esta perspectiva puede decirse que los pronunciamientos antes citados fueron coherentes con la noción de desplazamiento (en un momento –recuérdese– en el que no existía una previsión específica sobre esta materia al no haberse adoptado aún la Directiva 96/71/CE), según la cual el trabajador tiene una base fija donde ejecuta el trabajo, pero que ocasionalmente es movilizado a prestar servicios a otro país, por mor de una decisión empresarial. Así, dadas las circunstancias descritas, y a pesar de que no podamos compartir –al no ser coincidentes– la asimilación realizada entre el concepto de lugar habitual de ejecución de la obligación laboral y la noción del lugar donde con carácter principal desempeñe su actividad; no cabe por menos que aplaudir los intentos del tribunal para asegurar la aplicación del foro del *locus laboris* a partir de la inclusión de un criterio temporal, ya que a través de éste se conseguía evitar la aplicación del foro de celebración del contrato, que podía ser ajeno a la relación de trabajo, así como, poco adecuado desde la perspectiva de la protección del contratante débil.

Los problemas se originan, sin embargo, cuando estos antecedentes jurisprudenciales comienzan a afectar a otros supuestos en los cuales, a pesar de encontrarnos ante asuntos

³⁰ ZABALO ESCUDERO, M^ªE: «Competencia judicial internacional en materia laboral en el Convenio de Bruselas», en BORRÁS, A (ed.): *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Seminario celebrado en Tarragona 30 y 31 de mayo de 1997, Barcelona y Madrid, Marcial Pons editorial, 1998, p. 235. En igual sentido, JIMÉNEZ BLANCO, P: «Los foros de competencia en materia de contrato de trabajo en los Convenios de Bruselas y de Lugano» en BORRÁS, A (Ed): *La revisión de los Convenios de Bruselas...*, op. cit p. 228.

³¹ STJCE, Asunto C-383/95, de 9 de enero de 1997, Recop. 1997, pp. 57 y ss. En este caso, el litigio surgió de la celebración de un contrato de trabajo entre el Sr. *Rutten*, ciudadano holandés con domicilio en Holanda, y Cross Medical BV, empresa holandesa filial de Cross Medical Ltd. El ciudadano holandés comenzó a prestar servicios para la filial en Holanda para, posteriormente, pasar a trabajar para la matriz, ejerciendo su actividad indistintamente en varios Estados parte del Convenio y no parte del mismo. Cuando la matriz despidió al Sr. *Rutten*, éste decide interponer una demanda ante un Tribunal holandés. solicitando el pago de determinadas cantidades salariales en concepto de atrasos, así como otras cuantías accesorias. El tribunal se declaró competente, lo que propició que la empresa recurriera ante el órgano jurisdiccional inmediatamente superior que anuló la decisión del Tribunal de instancia. Ante tales circunstancias, el Sr. *Rutten* acudió a un tercer tribunal holandés que planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE solicitando la interpretación del art. 5.1 CB.

litigiosos donde la ejecución de servicios se realizaba en una multiplicidad de lugares, no se producía un desplazamiento. En consecuencia, el TJ ha extendido la interpretación *supra* efectuada a supuestos que, a diferencia del desplazamiento, sí suponen una variación del locus de ejecución del contrato de trabajo. De este modo, el TJ va a continuar con su labor exegética optando –peligrosamente– por una interpretación demasiado forzada de la noción de habitualidad contenida en el art. 5.1 CB en detrimento del foro determinado por el lugar donde se encuentre el establecimiento del empleador. Es el caso del siguiente asunto que llegó a instancias comunitarias, conocido como *Weber*³² y en el que el TJCE debía determinar

el juez competente, a través de la interpretación de la noción de «*lugar habitual de trabajo*» en el marco de la resolución de un contrato de trabajo que se desenvuelve en la plataforma continental adyacente a los Países Bajos y, posteriormente, a bordo de un buque-grúa que construía un puente en las aguas territoriales de Dinamarca, esto es, en un supuesto de sucesión de lugares de trabajo.

En este caso, el TJ declaró que el art. 5.1 CB debe interpretarse en el sentido de que el lugar en el que se desempeña habitualmente su trabajo, a efectos de esta disposición, es el lugar en, el cual, o, desde el cual, habida cuenta de todas las circunstancias del caso de autos, cumpla de hecho lo esencial de sus obligaciones con respecto a su empresa. Además, vino a añadir que en el caso de un trabajador que ejerce su actividad en más de un Estado contratante, en principio, debe tenerse en cuenta la duración de la relación laboral en su totalidad para determinar el lugar en el que el trabajador desempeñaba habitualmente su trabajo a efectos de dicha disposición y que, a falta de otros criterios, ese lugar es aquel en el que el trabajador haya pasado la mayor parte de su tiempo de trabajo. Ahora bien, no hay que perder de vista que el propio tribunal –quizá consciente de su propio exceso– acaba señalando que lo expuesto anteriormente jugará siempre y cuando el contrato de trabajo no presente un punto de conexión más estrecho con otro lugar de trabajo distinto³³. Y una vez más, el criterio que permite establecer la vinculación más estrecha del contrato con otro país dependerá de que el trabajador haya prestado servicios con posterioridad en uno o en más lugares con carácter duradero y estable.

En cualquier caso, y como es visible, no se trataba de un caso de desplazamiento temporal, sino fundamentalmente de un supuesto

³² STJCE C-37/00, *Weber*, Rec. p. I-2013. Este asunto trae causa en un litigio que se plantea entre el Sr. Weber, domiciliado en Alemania, y la empresa escocesa con domicilio social en Aberdeen (Reino Unido) que le contrató como cocinero para prestar servicios en una plataforma petrolífera desde 1987 a 1993, para posteriormente desenvolver su actividad –durante un breve período de tres meses (entre septiembre y diciembre de 1993) a bordo de un buque-grúa en las aguas territoriales danesas; momento a partir del cual la empresa decide prescindir de sus servicios despidiéndole. El Sr. Weber disconforme con el acto extintivo, demanda por despido improcedente ante los Tribunales holandeses. Los Tribunales holandeses ante los cuales se interpone la reclamación correspondiente, elevan varias cuestiones prejudiciales orientadas a interrogarse acerca de si el trabajo realizado a bordo de una plataforma continental adyacente a los Países Bajos, debe considerarse como territorio de un país contratante a los efectos de determinar el *locus laboris* del art. 5.1 CB [actual art. 19.2.a) RB]. Para una crítica de la solución adoptada por el TJCE desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, y que asimismo comparto, GONZÁLEZ VEGA, J.A.: «Instalaciones *offshore* y competencia judicial: el Convenio de Bruselas de 1968, el TJCE y la <obsesión por el territorio>», *La Ley-Unión Europea*, nº 5556, mayo de 2002, pp. 1-6. También, véase el comentario a esta sentencia hecha por un especialista en cuestiones concernientes a los trabajadores del mar: CHAUMETTE, P en *Droit Maritime Français* nº 2002 ,628, pp. 648-632. Finalmente, se muestra interesante el trabajo que desde la mirada del D^ol.Pr. ha realizado ADRIÁN ARNÁIZ, A.J.: «Nuevas dificultades para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer del contrato individual de trabajo en la Unión Europea (Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2002 en el asunto *Weber*)», *Información Laboral* nº 2002 ,4, pp. 22-5. Sobre la misma cuestión, *vid.* comentario de una experta en estas cuestiones, ZABALO ESCUDERO, M^o E.: «Sucesión de lugares de trabajo y competencia judicial internacional: nuevos problemas planteados ante el

TJCE», *Revista de Derecho comunitario Europeo*, nº 14, 2003, pp. 225-239. Asimismo, GÓRRIZ, C.: «Competencia judicial internacional y trabajo marítimo. (A propósito de la STJCE de 27 de febrero de 2002: *Weber vs. Universal Odgen Services Ltd.*)», *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XX, 2003, pp. 307-332.

³³ Considerando 53.

de sucesión de lugares de trabajo en el que la dificultad original a los efectos de continuar aplicando –como hace– la jurisprudencia anteriormente asentada sobre la noción de habitualidad venía precedida por la consideración o no como territorio de la plataforma continental adyacente a los Países Bajos, a los efectos de la aplicación del foro del *locus laboris*. Y en este sentido, el TJCE con la finalidad de realizar un análisis continuista en su labor interpretativa en la materia, acabará por realizar una ficción jurídica de extra-territorialidad³⁴, en absoluto permisible bajo las reglas de Derecho Internacional Público aplicables a estos supuestos, y en consecuencia, imposible de defender desde una correcta técnica jurídica³⁵.

4. ¿INTERPRETACIÓN PARALELA ENTRE LOS INSTRUMENTOS *FORUM* Y *IUS* APLICABLES AL CONTRATO DE TRABAJO?: EL CASO KOELZSCH

Expuestas las anteriores consideraciones, es el momento de señalar cuál es la solución dada por el TJ al supuesto del caso Koelzsch, que no olvidemos se circunscribía a un caso de ejecución de servicios en el territorio de los Estados miembros por parte de un transportista internacional, que por definición realiza su actividad de manera itinerante en diversos países. Pues bien, la sentencia viene a señalar que cuando las prestaciones laborales se ejecutan en más de un Estado miembro, el criterio del país en el que se realice habitualmente el trabajo contenido en el art. 6.2.a) CR debe interpretarse de modo amplio. Así, debe entenderse que dicha noción se refiere al país en

el cual o a partir del cual el trabajador cumpla la parte principal de sus actividades profesionales frente al empresario; lugar que debe determinarse teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias del caso de autos. Como es visible, el TJ para dar contenido a la regla conflictual del *locus laboris* viene a acoger³⁶ la interpretación efectuada a propósito de la noción de habitualidad expresada en el CB y recogida en el art. 8.2 del Reglamento Roma I, de acuerdo con la cual se entenderá que para determinar en qué país un trabajador realiza habitualmente su trabajo no sólo es relevante el país en el cual el trabajador desarrolla efectivamente dicha actividad, sino también el país a partir del cual desenvuelve su prestación de servicios³⁷. De acuerdo con esta interpretación, se incluye dentro del criterio contenido en el art. 6.2.a) del CR, que se refiere exclusivamente al país en el que con carácter habitual el trabajador preste servicios, también el país a partir del cual se desenvuelva el trabajo.

La extensión de la norma de conflicto de habitualidad a los supuestos de contratos de trabajo que se desempeñan en distintos países donde existe una variación del *locus* de ejecución conduce al TJ a realizar una inversión de los criterios empleados para determinar el lugar en el cual o a partir del cual el trabajador

³⁶ Señala la abogada general en sus conclusiones que por analogía (sic), aunque luego reconduce la situación utilizando criterios hermenéuticos: interpretación literal, histórica, sistemática y teleológica. No parece que la utilización del término de analogía sea el más adecuado en este contexto, ya que la analogía en sentido estricto consiste en aplicar a un caso dado, una norma prevista para un supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso guarda semejanza. En otras palabras, la analogía consiste en aplicar al hecho no regulado normativamente la norma establecida para el hecho análogo o similar. En este sentido, DIEZ PICAZO, L y GULLÓN, A: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, Tecnos editorial, Madrid, 2005, p. 180.

³⁷ Que no olvidemos aparece reflejado en el contexto del artículo 8.2 Roma I, si bien de manera subsidiaria al criterio del país en el cual el trabajador preste servicios. En este sentido, señala el art. 8.2 RR I que en defecto de elección «*el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente*».

³⁴ A tal fin, el TJCE acabará señalando que «*el trabajo realizado por un trabajador por cuenta ajena en instalaciones fijas o flotantes situadas en o sobre la plataforma continental adyacente a un Estado contratante, en el marco de la exploración y/o explotación de sus recursos naturales, debe considerarse como un trabajo realizado en el territorio de dicho Estado a los efectos de la aplicación del art. 5.1 CB [Considerando 36 de la Sentencia]*».

³⁵ GONZÁLEZ VEGA, J.A.: «*Instalaciones offshore y competencia judicial...*», loc. cit. pp. 2 y ss.

desempeña efectivamente su actividad profesional (temporalidad en *Mulox* y *Rutten* y temporalidad-vínculos más estrechos en *Weber*). Así, el TJ va a señalar que el lugar en el cual o a partir del cual el trabajador presta servicios se corresponde con el concepto de lugar de prestación principal, que será coincidente con el centro efectivo de las actividades profesionales del trabajador. Hasta aquí, lo cierto es que el juzgador no aporta nada nuevo, dado que ésta era la versión que se mantenía a propósito de la noción de habitualidad contenida en el art. 5.1 CB. Sin embargo, y es aquí donde avanza en la interpretación de dicho concepto, el tribunal se da cuenta de que –al igual que sucedía en el caso *Weber*– la prestación de servicios en el sector del transporte por carretera no es un supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, por lo que el criterio principal entonces utilizado –temporalidad– debe decaer o convertirse en subsidiario frente al criterio de los vínculos más estrechos, al que ahora el tribunal denomina como criterio sustancial³⁸.

En efecto, si recordamos lo anteriormente expuesto, decíamos que en los asuntos *Mulox* y *Rutten*, el TJ había venido observando como criterio principal el de la temporalidad para sostener la imputación del foro del *locus laboris* como tribunal competente para enjuiciar los casos de trabajo desempeñado en distintos países pero con un centro de gravedad fijo en su desenvolvimiento. Y sobre este particular, había sostenido que para la concreción del centro efectivo de las actividades profesionales debía estarse a la circunstancia de en cuál de los distintos Estados contratantes el trabajador pasa la mayor parte de su tiempo (donde lo más lógico, además, será que posea un despacho desde el cual organiza sus actividades

por cuenta de su empresa y al que regresa después de cada viaje profesional al extranjero).

No obstante, en el presente caso, al tratarse de un supuesto de itinerancia –donde insistimos no existe necesariamente un *locus laboris* fijo desde el cual el trabajador se desplaza temporalmente– obliga al TJ a importar la consideración de criterio sustancial como principal a la hora de fijar la vinculación del contrato de trabajo con un ordenamiento jurídico concreto³⁹.

Como es visible, se produce una alteración de los criterios que se empleaban en el contexto del CB para concretar el lugar habitual de prestación del trabajo, ya que entonces el criterio principal era cuantitativo –el de la temporalidad– a los efectos de situar el tribunal competente en uno u otro país. A diferencia de estos supuestos, el TJ va a entender que para concretar el ordenamiento jurídico aplicable en función del criterio conflictual del país de ejecución habitual entendido como lugar de ejecución principal, ha de estarse a la naturaleza del trabajo (en el sector del transporte internacional) y, por tanto, al conjunto de circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador en concreto. Esto es, para dotar de contenido a la *lex loci laboris* nos encontramos ante la obligación de observar qué criterios de carácter sustancial vinculan el contrato de este trabajador con el ordenamiento jurídico de un país u otro.

Esta variación en la aplicación de los criterios empleados para determinar la noción de habitualidad es nueva desde el punto de vista jurisprudencial⁴⁰. En realidad, y para

³⁸ Considerando 97 de las conclusiones de la abogada general, donde expresamente señala que «para decidir cuál es el país en el cual o a partir del cual el trabajador realiza habitualmente su trabajo el juez nacional debe tener en cuenta tanto criterios sustanciales como criterios temporales».

³⁹ En particular, señala la sentencia en su apartado 45 que: «cuando las prestaciones laborales se ejecutan en más de un Estado miembro, el criterio del país en que se realice habitualmente el trabajo debe interpretarse de modo amplio y entenderse en el sentido de que se refiere al lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional y, a falta de centro de actividad, al lugar en el que éste realice la mayor parte de su trabajo».

⁴⁰ Si bien ello es así, este posicionamiento no es tan novedoso si tomamos en cuenta que un sector doctrinal ya venía defendiendo la aplicación de criterios cualitativos y cuantitati-

ser más exactos, es una inversión de los criterios empleados en la sentencia *Weber* donde –de soslayo– aparecía por vez primera –junto al criterio cuantitativo de temporalidad (exclusivamente utilizado en *Mulox* y *Rutten*)– el cualitativo de los vínculos más significativo o sustancial. Ahora bien, existe una diferencia muy importante entre el asunto *Weber* y el que nos entretiene en lo que respecta a la utilización del criterio de vínculo más significativo. Y es que mientras que en aquél –*Weber*– se trataba de interpretar el punto de conexión del art. 5.1 CB, donde –como se sabe– no existe foro alguno que permita imputar el conocimiento de un litigio derivado del contrato de trabajo plurilocalizado al foro de los vínculos más estrechos (ni tampoco existe en el RB I, ni tampoco en el RB I bis); en el CR (también en Roma I) contamos con un criterio conflictual específico de estas características dirigido a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, lo que convierte el presente enjuiciamiento en criticable, sin perjuicio de que para este caso se hubiese alcanzado la misma consecuencia –aplicación de las normas imperativas contenidas en el Derecho alemán– ya sea por la vía de la aplicación del art. 6.2.a) CR, como hace el TJ o por la vía del art. 6.2 *in fine* del mismo texto (actuales 8.2 y 8.4 Roma I) sobre vínculos más estrechos, que es la opción que desde aquí se defiende.

vos –si bien de manera no jerarquizada entre ambas– para fijar el contenido de la noción de habitualidad. Es el caso, en nuestra doctrina, de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P: *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex nova Editorial, Valladolid, 2006, p. 84 (véase la nota a pie nº 50 de este texto) o de otros autores como VAN EECKHOUTTE, W: «The Rome convention on the law applicable to contractual obligations and labour law (1980)» en BLANPAIN, R: *Freedom of services in the European Union*; Kluwer editorial, La Haya, 2006, pp. 169 y 170; PLENDER, R y WILDERSPIN, M.: *The European Private International Law of obligations*, Thomson Reuters, Londres, 2009, p. 315. JUNKER, A: «Gewöhnlicher Arbeitsort und vorübergehende Entsendung im internationalen Privatrecht» en LORENZ, S *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70 Geburtstag*, Beck editorial, Munich, 2005, p. 733. O también, DEINERT, O: «Neues internationales Arbeitsvertragsrecht», *Recht der Arbeit* nº 3, 2009, p. 145.

5. IMPACTO DE LA SENTENCIA KOELZSCH SOBRE EL RESTO DE LOS CRITERIOS CONFLICTUALES CONTENIDOS EN EL CR O RR I

Hasta el momento, y como se ha podido comprobar, la solución querida por el TJ en la realización de una interpretación paralela entre los instrumentos relativos al forum y su importación al ámbito del *Ius* en el marco del asunto Koelzsch puede considerarse excesiva, en la medida en que en los supuestos de litigios derivados de contratos de trabajo plurilocalizados realizados en itinerancia –como es el caso de los trabajadores del transporte– habría que delimitar con carácter previo cuándo y cómo se puede producir un desplazamiento temporal a los efectos de aplicar el criterio de sustancialidad empleado en esta sentencia.

Pero más allá de esta realidad, a la que he venido mostrando mis reservas, lo cierto es que las implicaciones de esta sentencia son mucho mayores. Y ello así, porque en el siguiente supuesto al que tuvo que enfrentarse el TJ –asunto Voogsgaard–, el órgano jurisdiccional no sólo tuvo que optar por realizar una interpretación muy formal de la noción de *lex loci celebrationis* contenida en el art. 6.2.b) CR (actual art. 8.3 CR) con los consiguientes problemas que se plantean de su aplicación en el marco de los contratos de embarque internacionales⁴¹, sino que sigue considerando que el criterio conflictual de la *lex loci laboris* debe aplicarse de manera prioritaria en todos los supuestos en los que ello sea posible, incluso en estos supuestos de ejecución extraterritorial de la actividad laboral. En efecto, la cuestión pendiente en este caso, es si es posible extender el criterio y la solución dadas por el TJ en el caso Koelzsch a los supuestos de prestaciones de servicios extramuros del territorio de cualquier Estado, como acaece con los trabajadores del mar u otros, ya que no todos los trabajadores del transporte desempeñan su

⁴¹ Sobre el particular, FOTINOPOULOU BASURKO, O: «De nuevo sobre la ley aplicable al contrato de embarque», *Revista de Derecho Social* nº 2012, 58, pp. 121 y ss.

actividad en un bien mueble que se desplaza en un territorio o territorios físicos sometidos a la soberanía de algún Estado. De este modo, habrá que interrogarse sobre si una vez superada la ficción de extraterritorialidad característica de la aplicación analógica entre la *lex loci laboris* y la ley del pabellón, no se estará construyendo otra ficción, en este caso, de habitualidad al considerar que el trabajador del mar presta servicios desde un puerto base del que parte y al que regresa en cada viaje.

Esta interrogante, al igual que la que existe en el fondo de la sentencia Koelzsch, esto es, si es posible calificar la existencia de un desplazamiento temporal en el marco del transporte internacional, no queda clarificada en las sentencias anotadas, por lo que surge la duda más que razonable de si, dadas las características propias de este sector, la solución emitida por el TJ es la más acorde a los fines tuitivos que persiguen todos los instrumentos de Derecho internacional privado del trabajo.

Finalmente, hemos de aplaudir —siquiera parcialmente— el que el TJ en la sentencia Schlecker del año 2013 en la que interpreta el criterio de los vínculos más estrechos haya realizado una aportación importante para distinguir este criterio conflictual de la noción de sustancialidad contenida en la *lex loci laboris* realizada en el caso Koelzsch, si bien no de manera taxativa. Y ello así, porque aunque si bien es cierto que no clarifica en todo caso los criterios para aplicar una u otra noción (*lex loci laboris* o vínculos más estrechos); al menos abre la puerta para la corrección de la interpretación paralela supra comentada al permitir que el criterio conflictual contenido en el actual art. 8.4 RR I no se aplique de manera subsidiaria al resto de criterios objetivos que presenta la norma, cuya utilidad en algunos casos, como el de los trabajadores del transporte, no parece que sea factible siempre y en todo caso⁴².

⁴² En extenso, la suscribiente: «Cerrando el círculo: El caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado», *Temas Laborales* n° 2014, 123, pp. 108-79.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ADRIÁN ARNÁIZ, A.J. «Nuevas dificultades para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer del contrato individual de trabajo en la Unión Europea (Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2002 en el asunto Weber)», *Información Laboral* n° 4, 2002.
- AGUILAR GRIEDER, H. *Acumulación de procesos en litigios internacionales*, Tirant lo blanch editorial, Valencia, 2004.
- DEINERT, O. «Neues internationales Arbeitsvertragsrecht», *Recht der Arbeit* n° 3, 2009.
- DICKINSON, A. «The revision of the Brussels I Regulation. Surveying the proposed Brussels I bis Regulation. Solid Foundations but renovation Needed», *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, Tecnos editorial, Madrid, 2005.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O. «Competencia judicial internacional en pleitos laborales con pluralidad de demandados», *Aranzadi Social* n° 10, 2008.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O. «De nuevo sobre la ley aplicable al contrato de embarque», *Revista de Derecho Social* n° 58, 2012.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O. «What law for the international maritime employment contracts?: between flexibility and reasonableness», *Il diritto marittimo*, vol. 115, n° 2, 2013.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O. «Cerrando el círculo: El caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado», *Temas Laborales* n° 123, 2014.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario la Ley* n° 6957, 30 de mayo de 2008, La Ley 17139/2008.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. y SÁNCHEZ, S. «El nuevo Reglamento Bruselas I: Qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial», *Civitas-Revista española de Derecho europeo* n° 48, 2013.
- GARDEÑES SANTIAGO, M. «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: Una oportunidad perdida», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VIII, 2008.
- GAUDEMÉT-TALLON, H. «Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)» en *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris, 2010.

- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. «Las relaciones entre *Forum-Ius* en el Derecho Internacional Privado. Caracterización y dimensiones del problema», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. IV, 1977-78.
- GONZALEZ VEGA, J.A. «Instalaciones *offshore* y competencia judicial: el Convenio de Bruselas de 1968, el TJCE y la <obsesión por el territorio>», *La Ley-Unión Europea*, n° 5556, mayo de 2002.
- GÓRRIZ, C. «Competencia judicial internacional y trabajo marítimo. (A propósito de la STJCE de 27 de febrero de 2002: Weber vs. Universal Odgen Services Ltd.)», *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XX, 2003.
- GUZMÁN ZAPATER, M. «El Reglamento CE n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo», *Aranzadi Civil-Mercantil* n° 12, 2009, versión electrónica BIB 2009/1678.
- GRASS, E. «Routiers polonais et principe de faveur en droit communautaire: l'important arrêt Koelzsch», *Droit Social* n° 7/8, 2011.
- GRUSIC. «Jurisdiction in Employment matters Under Brussels I: a Reassessment», *International and comparative Law Quarterly*, vol. 61, n° 1, 2012.
- GULOTTA, C. «L'estensione della giurisdizione nei confronti dei datori di lavoro domiciliati all'estero: Il caso Mahamdia e il nuovo regime del regolamento Bruxelles I-Bis», *Rivista di diritto Internazionale privato e processuale* n° 3, 2013.
- HEREDIA CERVANTES, I. *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Comares editorial, Granada, 2000.
- HESS, B. «The Brussels I Regulation: Recent Case Law of the Court of Justice and the Commission's proposed recast», *Common Market Law Review*, 2012, issue 3.
- JIMÉNEZ BLANCO, P. «Los foros de competencia en materia de contrato de trabajo en los Convenios de Bruselas y de Lugano» en BORRÁS, A. (Ed): *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Seminario celebrado en Tarragona 30 y 31 de mayo de 1997, Barcelona y Madrid, Marcial Pons editorial, 1998.
- JUNKER, A. «Gewöhnlicher Arbeitsort und vorübergehende Entsendung im internationalen Privatrecht» en LORENZ, S *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70 Geburtstag*, Beck editorial, Munich, 2005.
- KENFACK, H. «Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Roma I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?», *Journal de Droit International* n° 1, 2009.
- KERCKHOVE, E. «Le contrat de travail exécuté dans plusieurs États membres de la Communauté», *Droit Social*, n° 3-1994.
- LAGARDE, P. y TENENBAUM, A. «De la convention de Rome au règlement Rome I», *Revue critique de droit international privé* n° 4, 2008.
- MASEDA RODRÍGUEZ, J. «Prestación laboral ejecutada en varios Estados y ley aplicable al contrato individual de trabajo», *Diario La ley* n° 7662, 29 de junio de 2011. La Ley 12236/2011.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex nova Editorial, Valladolid, 2006.
- MOLINA MARTIN, A.M. «Nuevo sistema de determinación del Derecho aplicable en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores: el reglamento Roma I», en VV.AA. *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*. Volumen II, XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.
- NUYTS, A. *Study on residual jurisdiction (review of the member state's rules concerning the «residual jurisdiction» of their courts in civil and commercial matters pursuant to the Brussels I and II Regulations*, version de 3 de septiembre de 2007. http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm
- NUYTS, A. «La refonte du règlement Bruxelles I», *Revue Critique de Droit International privé* 2013, vol. 102, n° 1.
- PATAUT, É. «L'Office du juge communautaire dans le contentieux international du travail» en *Procès du travail, travail du procès*, LGDJ editorial, Paris, 2008.
- PLENDER, R. y WILDERSPIN, M. *The European Private International Law of obligations*, Thomson Reuters, Londres, 2009.
- POCAR, F. «Révision de Bruxelles I et ordre juridique international: quelle approche uniforme?», *Rivista di Diritto Internazionale privato e processuale*, 2011, vol. 47.
- REQUEJO ISIDRO, M. «Tessili y concorde, De Bloos y Lethertex, o la determinación del lugar de ejecución de la(s) obligación(es) que da(n) base a la demanda: Un tribunal de Justicia de las comunidades europeas fiel a si mismo, veintitrés años después», *La Ley-Unión Europea* n° 4967, 2000.

- UBERTAZZI, B. *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, 2008.
- VAN EECKHOUTTE, W. «The Rome convention on the law applicable to contractual obligations and labour law (1980)» en BLANPAIN, R. *Freedom of services in the European Union*; Kluwer editorial, La Haya, 2006.
- ZABALO ESCUDERO, M^a.E. «La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo. (El artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985)», *Revista española de Derecho Internacional*, vol. XXXVIII, 1986.
- ZABALO ESCUDERO, M^a.E. «Competencia judicial internacional en materia laboral en el Convenio de Bruselas», en BORRÁS, A (ed.): *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Seminario celebrado en Tarragona 30 y 31 de mayo de 1997, Barcelona y Madrid, Marcial Pons editorial, 1998.
- ZABALO ESCUDERO, M^a.E. «Sucesión de lugares de trabajo y competencia judicial internacional: nuevos problemas planteados ante el TJCE», *Revista de Derecho comunitario Europeo*, n^o 14, 2003.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar las últimas modificaciones normativas y pronunciamientos jurisprudenciales del TJUE en relación con los conflictos de tráfico jurídico externo laboral. En particular, se analizan las principales novedades introducidas por el «nuevo» Reglamento n° 1215/2012 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (conocido como Bruselas I bis), así como un análisis crítico sobre las sentencias dictadas entre los años 2011 y 2013 sobre ley aplicable al contrato de trabajo internacional.

Palabras Clave: Movilidad internacional de trabajadores, competencia judicial, ley aplicable.

ABSTRACT

This paper aims to analyse the latest regulatory changes and case-law pronouncements of the CJEU in relation to conflicts derived from external legal transactions about employment. Particularly, the main innovations introduced by the «new» Regulation 1215/2012 are analysed about judicial competence, recognition and enforcement of judicial resolutions in civil and commercial matters (known as Brussels I bis), as well as a critical analysis of the judgements given between 2011 and 2013 on the applicable law to international contracts of employment.

Keywords: International movement of workers, judicial competence, applicable law.

Desajustes en la aplicación de las normas comunitarias de coordinación al cálculo de la pensión española

Disparity in the implementation of Community regulations to coordinate the calculation of Spanish pensions

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO*

1. LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL

Los ciudadanos nacionales de un Estado miembro que ejercitan el derecho de libre circulación dentro de la UE como sujetos económicos, para desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, con carácter temporal o definitivo, tienen derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de nacionalidad. Precisamente, para garantizar un ejercicio real y efectivo del derecho a la movilidad con fines laborales a lo largo del espacio comunitario, deben establecerse mecanismos capaces de impedir que la prestación de servicios en dos o más países cause perjuicios actuales o futuros al trabajador que ejercita su derecho a la libre circulación. En concreto, el art. 48 TFUE, exige a las instituciones crear un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes, la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales o para su cálculo y el pago de

las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros¹. Desde el 1 de mayo de 2010 rigen en esta materia prioritariamente el Reglamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril, como «Reglamento base» y el Reglamento (CE) núm. 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, como «Reglamento de aplicación»².

¹ Incluido en el Título dedicado a la libre circulación de trabajadores –que se corresponde con el art. 51 TCEE y el art. 42 TCE, versión consolidada de Ámsterdam–. De forma prácticamente idéntica se regulaba en el Tratado de Roma de 1957, que preveía ya normas de coordinación de los sistemas de SS con el objetivo de evitar que la movilidad de los trabajadores en ejercicio de su derecho a la libre circulación llevara aparejada pérdida de derechos de seguridad social. El art. 48 no es una norma de eficacia directa, pues únicamente exige la adopción de una normativa derivada de medidas complementarias de protección social, para evitar las desventajas provocadas por la cobertura sucesiva del trabajador migrante por dos o más sistemas nacionales de seguridad social y, en concreto, que garantice como contenido mínimo la totalización de todos los períodos tomados en consideración y la exportación de las prestaciones.

² Estos Reglamentos sustituyen desde el 1 de mayo de 2010 en el ámbito de la UE a los Reglamentos (CEE) núm. 1408/71 y núm. 574/72 –desde el 1 de abril de 2012 en Suiza (Decisión núm. 1/2012/UE, DOUE L 103, de 13 de abril) y desde el 1 de junio de 2012 en Noruega, Islandia y Liechtenstein–, que, a su vez, sustituyeron a los Reglamentos (CEE) núm. 3/58 y núm. 4/58. En lo esencial, los nuevos Reglamentos mantienen los principios y criterios de los precedentes y la reforma trató simplemente de incorporar nuevos tipos de desplazamientos, las

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo.

Mediante estos reglamentos de coordinación³, que gozan de primacía sobre las normas de los Estados miembros –sin perjuicio de la aplicación de convenios internacionales bilaterales preexistentes y más favorables⁴–, no se

sucesivas reformas de los reglamentos anteriores y la reinterpretación operada por jurisprudencia. Por su parte, el Reglamento (UE) núm. 1231/2010, de 24 de noviembre, amplía, salvo en Dinamarca y Reino Unido, la aplicación de los nuevos Reglamentos de coordinación a los nacionales de terceros países que no estén cubiertos por ellas debido únicamente a su nacionalidad, siempre que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro y su situación no esté circunscrita al interior de un Estado miembro, quedando derogado el Reglamento (CE) 859/2003, de 14 de mayo de 2003 en los Estados miembros en que se aplica el Reglamento 1231/2010 –no, en cambio, en Reino Unido–. Como destaca CARRASCOSA BERMEJO, D., *La base reguladora de la «cuantía teórica» de los trabajadores migrantes; el caso Grajera Rodríguez*, RMTAS, núm. 102, 2013, p. 273 s. la aplicación de estas normas resultará relevante en España, pues obligará a las entidades gestoras españolas a abonar numerosas pensiones a nacionales extracomunitarios que, pese a carecer del derecho a la libre circulación, hayan estado asegurados en varios Estados miembros. Ampliamente, sobre la normativa de coordinación, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Ediciones Laborum, Murcia, 2010.

³ De carácter obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicables sin necesidad de trasposición a los ordenamientos internos –con efecto directo–.

⁴ Estos frecuentes convenios de Seguridad Social eran textos inspirados en principios similares o idénticos a los de los Reglamentos –principios de igualdad, acumulación de períodos de aseguramiento, prorrateo de prestaciones y pago transnacional de pensiones–. El Reino de España, antes de su incorporación a la CEE y como consecuencia de los intensos flujos migratorios de salida de España desde los años 50 del siglo pasado, había suscrito convenios con Alemania, Bélgica, Italia, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido... y algunos de ellos contenían cláusulas más beneficiosas para el trabajador migrante en el cálculo de sus pensiones. Aunque los Reglamentos sustituyen a los anteriores convenios (art. 8 Reglamento 883/2004 –anteriormente, art. 6 Rgto 1408/1971–), tras una primera doctrina, tanto del Tribunal de Luxemburgo como de los tribunales nacionales favorable a la aplicación preferente del Reglamento de coordinación sobre el Derecho interno, incluidos los convenios bilaterales suscritos por los Estados miembros, en todos los casos y con abstracción de las ventajas que pudieran derivarse de la aplicación de uno u otro cuerpo normativo –STJUE de 7 de junio de 1973 y STS de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992/1376)–, la jurisprudencia del TJUE impuso una interpretación del Reglamento favorable a la concepción más amplia posible de la libre circulación de trabajadores, de acuerdo con el actual art. 48 TFUE, y la primacía del principio de norma más favorable que podía conducir a la aplicación preferente del convenio bilateral,

crea un sistema propio de seguridad social de la UE ni se pretende siquiera establecer unas pautas mínimas sobre el alcance de la protección social en ese ámbito sino simplemente coordinar los sistemas nacionales, con el fin de dar respuesta a los problemas con los que se pueden encontrar los migrantes que se encuentran en situación de transnacionalidad y de remover posibles trabas a la libre circulación de trabajadores⁵. Por ello, la aplicación de estos Reglamentos comunitarios se supedita a un presupuesto previo, cual es la existencia de un desplazamiento de un Estado miembro a otro u otros para desempeñar un trabajo, que determine la sujeción a dos o más sistemas nacionales de seguridad social⁶, y sin que en

aunque sólo cuando el trabajador hubiera generado ya una expectativa de derecho antes de la entrada en vigor de la normativa comunitaria –*vid.* SSTJUE de 7 de febrero de 1991 (asunto Rönfeldt, C-227/89), de 9 de noviembre de 1995 (asunto Thévenon, C-475/93) y de 17 de diciembre de 1998 (asunto Grajera Rodríguez, C-153/97)–. El cambio en la jurisprudencia del TS se produjo con la STS de 12 de marzo de 1999 (RJ 1999/3750). Véanse, entre otros, IGLESIAS CABERO, J., *Protección de los trabajadores migrantes en la Unión Europea. Particular referencia a la jubilación y al desempleo*, RMTAS, núm. 44, 2003, p. 55; GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *Base reguladora y preferente aplicación de los Convenios bilaterales sobre los Reglamentos comunitarios*, A.S., núm. 1, 2011, base de datos Westlaw BIB\2011\369. Posteriormente, se produce la incorporación de la doctrina Rönfeldt a los Reglamentos. Primero, al art. 7 Reglamento 1408/71 y posteriormente al art. 8 del Reglamento 883/2004. Y, además, se declara expresamente que «dos o más Estados podrán celebrar, entre ellos, en caso necesario, convenios basados en los principios y el espíritu del presente Reglamento».

⁵ Fundamentalmente, se debe garantizar que quienes se desplacen por el espacio comunitario y desarrollen su carrera profesional en dos o más Estados a lo largo de su vida laboral vean protegidos los derechos en curso de adquisición –evitar perjuicios en la carrera de seguros, pérdida de cotizaciones, obstáculos al acceso a las prestaciones...– y que los trabajadores puedan conservar sus derechos adquiridos. Otros problemas jurídicos también importantes que puede sufrir el trabajador migrante son la determinación de la legislación nacional de seguridad social aplicable o la existencia de disposiciones discriminatorias por razón de la nacionalidad establecidas en los ordenamientos internos. Ampliamente sobre la coordinación CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria de la seguridad social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, CES, Madrid, 2004, pp. 24 ss.

⁶ Tal y como se recoge reiteradamente en la jurisprudencia ya clásica del TJUE, las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación no pueden aplicarse a activida-

ningún caso pueda comportar la pérdida de derechos obtenidos exclusivamente al amparo de normas nacionales –principio de intangibilidad de los derechos nacionales por aplicación de los Reglamentos⁷–. Con todo, se producen disfunciones al aplicar los Reglamentos aspectos que no son propiamente de coordinación sino más bien competencia propia de la legislación interna, como sucede con el cálculo de la cuantía teórica de las pensiones de los migrantes.

Aunque no se define en el TFUE lo que deba entenderse por la coordinación de los ordenamientos internos de los Estados miembros⁸, frente a la armonización característica de las directivas⁹ y más aún frente a la uniformidad normativa que imponen otros reglamentos, la coordinación se refiere a la conexión de ordenamientos nacionales y «se caracteriza por ser neutral» respecto del contenido material de los ordenamientos internos sobre los que se aplica al tratar de resolver conflictos de leyes de Derecho internacional¹⁰. En el ámbito

de la UE, coexisten, muy diversos modelos de sistemas nacionales internos –profesionales, universales y mixtos–, que permiten a cada Estado determinar las reglas de encuadramiento de sus potenciales beneficiarios, los requisitos de acceso a las prestaciones y el cálculo de su cuantía¹¹. Ahora bien, en el ejercicio de sus competencias, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión y, en concreto, las disposiciones del TFUE sobre libre circulación.

Los Reglamentos comunitarios de seguridad social parten de los principios de igualdad y no discriminación directa o indirecta por razón de nacionalidad –que, a su vez, se complementan con los principios de asimilación de condiciones y supresión de cláusulas de residencia¹²–, y del de unicidad de la ley aplicable, que se complementa con la regla de no acumulación de prestaciones¹³. Pero las prin-

des cuyos elementos están situados en el interior de un solo Estado miembro. Véanse, entre otras, las sentencias de 28 de enero de 1992 –asunto Steen, C-332/90–, de 19 de marzo de 1992 –asunto Morais, C-60/91– y de 22 de septiembre de 1992 –asunto Petit, C-153/91–.

⁷ STJUE de 15 de julio de 1964 (asunto Van der Veen), en relación con el Reglamento núm. 3/58.

⁸ Sí se menciona en diversos artículos, principalmente en relación con las políticas económica y de empleo –aunque en materia de seguridad social no se encuentra en el TFUE referencia alguna al término coordinación sino en el propio Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas– y en algunos preceptos se enlaza incluso con la aprobación de directivas –arts. 52.2 y 53 TFUE–. Más ampliamente, MIRANDA BOTO, J.M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 333 ss.

⁹ Pese a la competencia normativa armonizadora en materia de Seguridad Social del art. 153.1.c) TFUE atribuida a la UE ya en el Tratado de Ámsterdam, no existe una voluntad política de armonización de la materia –salvo en aspectos concretos, como la no discriminación por razón de sexo–, que exigiría, además, unanimidad de los Estados miembros ex art. 153.2.b) y podría vulnerar el principio de subsidiariedad.

¹⁰ CARRASCOSA BERMEJO, D., «Seguridad social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales», en AA.VV., *Lecciones de Derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch (Valencia 2012), p. 188. La coordinación pretende resolver problemas derivados de la tendencia territorialista de los sistemas nacionales seguridad social –problemas de conflictos

de leyes relativos al sistema de seguridad social aplicable a efectos de afiliación y cotización, solicitud y pago de la prestación, determinación de la cuantía..., de discriminación por razón de nacionalidad, de dificultad o imposibilidad de acreditar períodos de carencia o residencia en el único Estado, de exigencia de residencia en el Estado competente para conservar la pensión...– y, en definitiva, trata de proporcionar a los trabajadores migrantes un régimen de garantías suficientes para que no se encuentren en una situación perjudicial y discriminatoria por haber trabajado en más de un Estado miembro de la UE.

¹¹ Como ha reiterado el TJUE, los Reglamentos no instituyen un régimen común uniforme de seguridad social, sino que los Estados miembros conservan su competencia para organizar sus sistemas de seguridad social –véanse, entre otras, SSTJUE de 7 de febrero de 1984 (asuntos Duphar y otros, 232/82), de 17 de junio de 1997 (asuntos Sodemare y otros, C-70/95), y de 1 de abril de 2008 (asuntos Gouvernement de la Communauté française y gouvernement wallon, C-212/06)– y su único objeto es garantizar que exista un nivel de coordinación entre ellos –SSTJUE de 5 de julio de 1988 (asunto Borowitz, 21/87), de 3 de abril y 11 de septiembre de 2008 (asuntos Chuck, C-331/06 y Petersen, C-228/07) y de 21 de julio de 2011 (asunto Stewart, C-503/09)–.

¹² Arts. 4, 5 y 7 del Reglamento 883/2004, respectivamente. El principio de igualdad de trato exige el mismo tratamiento a los nacionales de otros Estados miembros que a los del Estado de acogida. GONZALO GONZÁLEZ, B., «Excepciones al principio de igualdad en los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social», en AA.VV., *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999, pp. 3 ss.

¹³ Arts. 11 y ss. y 10, respectivamente. El principio de unicidad, que pretende evitar conflictos de leyes de carácter posi-

cipales reglas de coordinación que establecen los Reglamentos¹⁴ son la de conservación de los derechos adquiridos –y exportación de las prestaciones¹⁵–, la de protección de los dere-

tivo o negativo y determinar el ordenamiento nacional aplicable, comporta la aplicación a las relaciones de seguridad social con elementos de extranjería de la legislación de uno solo de los Estados concurrentes –generalmente el del lugar donde se desarrolla la prestación de servicios o en el que el trabajador haya estado ocupado en último lugar–, aunque con posibilidad de que la norma aplicable tenga consecuencias en el otro Estado y de que determinadas circunstancias producidas en ese otro Estado se deban tomar en consideración para la aplicación del ordenamiento interno que rija la relación. Existen reglas especiales para trabajos itinerantes y para supuestos específicos de trabajadores. Véase GARCÍA VIÑA, J., *Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril*, RMTAS, núm. 64, 2006, pp. 68 ss. En virtud del principio de no acumulación de prestaciones, salvo disposición en contrario, el Reglamento impide conferir o mantener el derecho a disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio.

¹⁴ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «Los reglamentos comunitarios de Seguridad Social (reglas de coordinación)», en AA.VV. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *La trasposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español. Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, MTAS, Colección Informes y Estudios, Serie General, núm. 17, Madrid, 2005, pp. 674 ss.

¹⁵ El art. 48 TFUE ordena la creación de un sistema que garantice esa exportación, con la finalidad de mantener y preservar derechos a obtener pensiones, rentas o beneficios ya generados en virtud de la legislación de uno o varios Estados miembros y disfrutarlos en un Estado miembro diferente de aquél en que se encuentre la institución responsable del pago. Es indiferente, a estos efectos, que la prestación sea adquirida en aplicación del derecho europeo, mediante la correspondiente totalización o acumulación o, mediante la normativa interna, siempre que se trate de prestaciones incluidas en el ámbito material de aplicación de la normativa comunitaria. De hecho, no beneficia solo al trabajador migrante sino que protege también al sedentario que nunca ejerció su libre circulación desde un punto de vista profesional y que puede ejercerla en un momento posterior y exportar su pensión nacional. Se establecen limitaciones relacionadas con las excepciones a la regla de supresión de las cláusulas de residencia del art. 7 Reglamento 883/2004. En concreto, se reconoce el carácter no exportable de las prestaciones no contributivas, como prestaciones mínimas de subsistencia vinculadas al contexto económico y social del interesado y del propio Estado que las reconoce –SSTJUE de 6 de julio de 2006 (asunto Kersbergen-Lap, C-154/05), y de 21 de febrero de 2008 (asunto Klöppel, C-507/06)–. Y se establecen limitaciones a la exportación de las prestaciones por desempleo por la obligación de los beneficiarios de estar a disposición de los servicios públicos de empleo y el interés

chos en curso de adquisición –con totalización de los períodos de seguro y el prorrateo de las prestaciones–, la no acumulación de prestaciones y la colaboración administrativa.

2. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS EN CURSO DE ADQUISICIÓN. TOTALIZACIÓN Y PRORRATEO

En materia de seguridad social, el acceso a las prestaciones, así como la determinación de la intensidad o cuantía de las mismas, pueden depender del cumplimiento de determinados requisitos que, en ocasiones y en función de las legislaciones nacionales de aplicación, precisan un largo período de tiempo de carencia, actividad o residencia. Si el desplazamiento transnacional del trabajador migrante significara la ruptura de su carrera de seguro y el inicio de otro aseguramiento en otro país, desvinculado de su vida laboral en los Estados en los que hubiera trabajado previamente, muchos de los migrantes con largas carreras de cotización pero repartidas en múltiples legislaciones no podrían completar los períodos de seguro exigidos individualmente en cada una de las normativas nacionales de seguridad social. El efecto sería pernicioso para los trabajadores que ejercieran su derecho a la libre circulación de trabajadores frente a quienes optasen por desarrollar toda su carrera profesional en un único Estado miembro¹⁶.

de la Administración pagadora de incorporar al trabajador a su mercado de trabajo lo antes posible.

¹⁶ En efecto, entre la generación de una simple expectativa de derecho, derivada de un cumplimiento parcial de los períodos de residencia, empleo o cotización exigidos en un Estado miembro para posibilitar el acceso y determinar la cuantía de una prestación, y su consolidación en un derecho subjetivo futuro, puede transcurrir un período especialmente largo, como ocurre para la adquisición y cálculo de la pensión de vejez, que puede coincidir con la vida laboral del trabajador. Si la movilidad transnacional del trabajador migrante paraliza el proceso de gestación y maduración de los derechos en curso de adquisición, comenzando *ex novo* en el nuevo Estado miembro en el que va a desarrollar su prestación de servicios, impidiendo o dificultando su transformación en derechos subjetivos perfectos, se obstaculizaría realmente la libre circulación del trabajador. Existiría el riesgo de que el trabajador no reuniese los requisitos

Con el objetivo de preservar los derechos en curso de adquisición, el art. 48 TFUE, en la letra a de su primer párrafo, exige la adopción de una normativa de derecho derivado que permite recurrir a la técnica de la «totalización» y «asimilación de condiciones»¹⁷, que se desarrolla en los arts. 6 Reglamento 883/2004 y 12 Reglamento 987/2009¹⁸. En síntesis, la totalización consiste en crear la ficción jurídica de computar los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en los distintos Estados miembros, como si se hubiesen cumplido en su totalidad en el marco del sistema cuya legislación nacional resulta competente para determinar el acceso y la cuantía de una determinada prestación¹⁹. Se protegen así los de-

rechos en curso de adquisición de quienes por el ejercicio de la libre circulación poseen una carrera de seguro o residencia fraccionada en varios Estados miembros, teniendo, además en cuenta, que dentro del concepto «períodos de seguro», se incluyen tanto los períodos de cotización efectivos como los asimilados con arreglo a la legislación nacional²⁰.

Además, debe recurrirse a la totalización no solo cuando se precise para completar el período de carencia exigido para el acceso al disfrute del derecho, sino también cuando la cuantía de la correspondiente prestación pueda resultar modulada en función de la duración total de tales períodos de seguro reales o asimilados²¹. La prestación debe ser sufraga-

de acceso a la prestación con arreglo a ninguno de los sistemas de seguridad social implicados en su relación laboral y/o que resultase inútil y estéril el esfuerzo de cotización realizado en cada uno de esos sistemas.

¹⁷ En concreto, garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes la «acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas». Esa técnica, prevista ya como contenido mínimo en los Tratados originarios, y utilizada incluso con anterioridad en el marco del Derecho internacional de coordinación multilateral –Convenio OIT núm. 48, de 1935, respecto de las prestaciones de vejez, invalidez y muerte– y en el ámbito de los convenios internacionales bilaterales, –Convenio italo-francés de 30 de septiembre de 1919– es también similar a la utilizada, en el plano interno, a efectos del cómputo recíproco de cotizaciones entre los diversos Regímenes de Seguridad Social. Véase CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria de la seguridad social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, cit. p. 29, nota 31.

¹⁸ Frente a la normativa precedente, en lugar de contemplar la técnica totalizadora respecto de cada una de las materias sometidas a la coordinación, el art. 6 Reglamento 883/2004 opta por plasmar esta técnica como un auténtico principio de carácter general, cuya validez se presume «salvo disposición en contrario del presente Reglamento». La única excepción prevista expresamente en el Reglamento se refiere a la prejubilación, en cuyo marco se excluye la aplicación del art. 6 del cómputo de períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia (art. 66 Reglamento CE/883/2004). Existen, con todo, reglas específicas para el cálculo de las distintas prestaciones y particularidades en función de que la legislación interna aplicable module o no el importe de la prestación en función de la duración de los períodos cubiertos.

¹⁹ El ámbito material de cobertura del principio es amplio, puesto que el art. 6 se refiere a «períodos de seguro, de empleo,

de actividad por cuenta propia o de residencia». La legislación de los distintos Estados miembros puede incluso cuantificar los períodos en unidades distintas –horas, días, semanas, meses...–. El art. 13 Reglamento 987/2009 establece las oportunas reglas de conversión.

²⁰ Art. 1 letra t) Reglamento 883/2004, y, antes del Reglamento, STJUE de 3 de octubre de 2002 (asunto Barreira Pérez, C-347/2000). Por lo demás, la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social establece que es necesario garantizar, al aplicar el principio de totalización, que los períodos de seguro comunicados como tales por un Estado miembro deben ser aceptados por el Estado receptor sin cuestionar su valor. La acreditación de tales períodos de seguro o asimilados corresponde en exclusiva a la legislación del Estado donde se cumplieron. No obstante, una vez aplicado este principio, el Estado receptor es competente para determinar si se cumplen otras condiciones nacionales especiales que puedan exigirse, siempre que no se apliquen de manera discriminatoria, para la concesión de la prestación –como podría ser la exigencia de un período mínimo de carencia vinculado a la realización efectiva de una profesión–. Véanse considerandos 1, 4 y 5 y puntos 1, 2 y 3 de la Decisión nº H6, de 16 de diciembre de 2010, de la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social, relativa a la aplicación de determinados principios relacionados con la totalización de los períodos en virtud del artículo 6 del Reglamento (CE) nº 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, aplicable a partir del 1 de abril de 2011 –DOUE C 45/6, de 12 de febrero de 2011–.

²¹ La institución competente debe comprobar si, de acuerdo con su propia legislación pero teniendo en cuenta la totalidad de los períodos cubiertos en todos los países en que se han cumplido períodos de aseguramiento, el trabajador tiene o no derecho a prestación. Si adquiere tal derecho, debe calcular su cuantía computando también los períodos foráneos. La toma en consideración para el reconocimiento y cálculo de

da, en este caso, de forma simultánea o incluso diferida al momento en que se cumplan los requisitos de acceso en otras legislaciones²², por todos los Estados donde hubiera estado asegurado al menos un año²³ que han debido ser tenidos en cuenta para su cálculo, en la cuantía que resulte de la aplicación de su respectiva normativa interna, aunque a prorrata en función de los períodos de cotización, residencia, empleo o actividad cumplidos en el mismo y de la duración total del aseguramiento²⁴. Así pues, una vez comprobado el derecho a causar la pensión y determinada la cuantía de la pensión teórica que correspondería si todos los períodos de seguro se hubiesen cumplido bajo la legislación de la institución competente, en virtud del principio de prorrateo de las prestaciones o *prorrata temporis*, la institución

competente debe abonar únicamente la pensión prorrata, es decir, la parte de la pensión teórica que resulta proporcional a la duración real del aseguramiento en esa institución, teniendo en cuenta la duración total del aseguramiento en todos los Estados implicados²⁵. Y para no penalizar por la aplicación de esta regla a quien trabajó más tiempo que el necesario para causar la pensión máxima según la legislación nacional de la institución competente, se limita la totalización de los períodos foráneos, computándose como duración total de los períodos cumplidos por el migrante en los distintos sistemas nacionales el período requerido para alcanzar la pensión completa fijada en cada legislación nacional de seguridad social, en caso de que el período que resulte de la totalización sea superior.

En el supuesto de que se causen pensiones que precisan acudir a la totalización para generar el derecho y no solo para mejorar su cuantía no habría que hacer más cálculos. En cambio, si la totalización no es imperiosamente necesaria para causar el derecho con arreglo al derecho interno porque el beneficiario cumple íntegramente los requisitos de acceso exigidos por su legislación de Derecho interno²⁶, la institución competente debe hacer un doble cálculo. En primer lugar, determinar la cuantía de la «pensión autónoma» o nacional

la prestación de todos los períodos de cotización o, en su caso, residencia, empleo o actividad cumplidos en otro Estado se complementa, para el cálculo de las pensiones contributivas de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes en legislaciones que no sean de tipo A y estén incluidas en el anexo VI del Reglamento 883/2004, vejez –pero no prejubilación– y supervivencia, con un reparto en el coste de la prestación, que no corresponde en exclusiva al Estado en el que se solicita. Arts. 45, 46, 51 y 52 Reglamento 883/2004.

²² Debiendo incluso recalcularse la pensión ya percibida una vez que se produce la aplicación diferida, si puede obtenerse una cuantía más favorable.

²³ Salvo que, computando el período inferior al año cubierto, se le reconociese en el Estado la pensión (art. 57 Reglamento 883/2004). Ese período, con todo, debe computarse por los demás Estados implicados en el cálculo de la pensión teórica y, si todos los Estados competentes quedasen exentos de reconocer la pensión por no tener cubierto en ellos el trabajador un tiempo superior al año, se entienden cumplidos todos ellos en el último Estado donde hubiese estado asegurado.

²⁴ Supone una matización del principio de unidad con el de asimilación de condiciones para respetar las expectativas de derecho generadas por el trabajador migrante en cada una de las legislaciones nacionales implicadas en su carrera de seguro, pues cada institución competente aplica únicamente su propia legislación pero computando condiciones cumplidas en otros Estados como si lo hubiesen sido bajo la institución competente. Con todo, para determinar la base reguladora de las pensiones españolas, en los supuestos en que deban computarse períodos cubiertos bajo los sistemas de aseguramiento de otros Estados, se deberá tener en cuenta la base de cotización en España que más se le aproxime en el tiempo, actualizada de acuerdo con el índice de precios al consumo. Véase art. 56.1.c) y Anexo XI para la aplicación de la legislación española en su apartado 2.a) Reglamento 883/2004.

²⁵ Es una fracción cuyo numerador es la duración de los períodos efectivamente cumplidos en el territorio del Estado miembro cuya prestación se está calculando y el denominador la duración total de los períodos cumplidos por el migrante en los distintos sistemas nacionales. En estos otros Estados debe realizarse la misma operación. Por tanto, el prorrateo implica que el migrante que estuvo sujeto a más de un sistema de seguridad social no va a percibir una única prestación, sufragada por una única institución, sino prestaciones independientes, causadas y calculadas al amparo de diversos ordenamientos jurídicos, y abonadas en la prorrata que corresponda a cada Estado en función del período de aseguramiento en ese Estado y de la totalidad de los períodos de seguro acreditados por el sujeto.

²⁶ Computando únicamente los períodos de seguro cubiertos bajo su propio sistema de seguridad social y sin recurrir a la técnica de la totalización para computar los períodos de carencia, residencia, empleo o actividad cubiertos bajo otras legislaciones.

que le correspondería al beneficiario computando sólo los períodos nacionales²⁷. Y, a continuación, proceder también con arreglo a las técnicas de coordinación y calcular la «pensión prorrateada» que le correspondería totalizando todos los períodos de seguro como si hubiesen sido cubiertos en el Estado miembro en cuestión, para ver si la pensión debe ser modulada y abonar la cuantía que resulte más favorable para el beneficiario.

Por lo demás, si el pensionista reside en España y la suma de la pensión española y las pensiones prorrateadas obtenidas en otros Estados miembros no alcanza la pensión mínima española, podría acceder, si cumple los requisitos requeridos y mantiene su residencia en España, al complemento de mínimos.

3. DESAJUSTES EN LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE COORDINACIÓN AL CÁLCULO DE LA PENSIÓN ESPAÑOLA

El lento crecimiento económico de España en los años cincuenta, con una producción eminentemente agrícola y muy escaso grado de industrialización, el desempleo y unas condiciones laborales precarias, impulsaron a muchos trabajadores españoles a buscar mejores condiciones de vida en los países industrializados de Europa que, con poblaciones reducidas tras la Segunda Guerra Mundial y economías recuperadas con la implantación del Plan Marshall, demandaban mano de obra extranjera²⁸.

²⁷ Hecha la operación y calculada la pensión autónoma, la institución competente debería proceder igualmente con arreglo a las técnicas de coordinación y calcular también la «pensión prorrateada» que le correspondería al beneficiario totalizando todos los períodos de seguro como si hubiesen sido cubiertos en el Estado miembro en cuestión.

²⁸ Estos movimientos migratorios hacia Europa se canalizaron e incluso fomentaron desde ámbitos oficiales con la creación del Instituto Español de Emigración por Ley de 17 de julio de 1956 y la Ley de Bases de Ordenación de la Emigración de 22 de diciembre de 1960.

Esos flujos migratorios, con períodos de seguro cubiertos en España con carácter previo a la migración y/o con períodos de cotización en otro u otros Estados miembros, acompañados, en su caso, del retorno del migrante a España, han suscitado numerosas controversias derivadas de las dificultades interpretativas derivadas de la aplicación práctica de la normativa de coordinación de la UE al Derecho interno español, especialmente en relación con el acceso y el cálculo de prestaciones de la seguridad social²⁹. Esa aplicación ha dificultado en numerosas ocasiones el acceso por el trabajador migrante que ha ejercido su derecho a la libre circulación a unas pensiones equivalentes a las que habría podido causar si hubiese optado por desarrollar toda su carrera de seguro como trabajador sedentario, con sujeción a la legislación interna.

Varias fueron las controversias surgidas desde la década de los noventa en relación con la aplicación de los Reglamentos comunitarios a los trabajadores migrantes en la UE respecto al cómputo de los períodos de seguro foráneos acreditados para causar el subsidio por desempleo para mayores de 52 años en el sistema español de seguridad social –actualmente 55³⁰–, referidas al acceso y no a la cuantía de la prestación³¹ y que en los últimos

²⁹ En efecto, los diversos y reiterados pronunciamientos judiciales sobre cuestiones discutidas en relación con el reconocimiento y la fijación de las prestaciones revelan las múltiples dificultades interpretativas que se han producido en la aplicación de las reglas de coordinación a la normativa interna española de acceso y cálculo de las prestaciones que, de alguna manera, obstaculizan la acumulación a favor de los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia de todos los períodos tomados en consideración por la norma española para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones o para determinar su cuantía, produciendo un resultado contrario al pretendido por el art. 48 TFUE y que es la razón de ser de la compleja normativa de coordinación comunitaria de Seguridad Social –suprimir los obstáculos que en este ámbito pudieran encontrar los trabajadores que ejercitaron su derecho a la libre circulación–.

³⁰ Tras la modificación del apartado 1.3 por el art. 17 apartado siete del RD-ley 20/2012, de 13 de julio.

³¹ IGLESIAS CABERO, J., *Protección de los trabajadores migrantes en la Unión Europea. Particular referencia a la jubilación y al desempleo*, cit., p. 56 s.

años incluso adquirieron nuevos tintes en relación con el cómputo de cotizaciones ficticias³². También se plantearon dos disyuntivas importantes respecto al reconocimiento de pensiones y los períodos ficticios de cotización. Por un lado, el polémico acceso por migrantes que hubiesen cumplido períodos de seguro en otro Estado miembro antes del 1 de enero de 1967, mediante una asimilación de condiciones, a la jubilación anticipada a partir de los sesenta años prevista a favor de los mutualistas en el apartado 1 de la disposición transitoria 4ª, regla 2ª TRLGSS/15. Y, por otro lado, el discutido reconocimiento de una pensión de jubilación a favor de personas que nunca habían trabajado en España³³.

Pero, verdaderamente, de todas las dudas interpretativas, las relativas a la determinación de la cuantía de la pensión a cargo del sistema español de la seguridad social, cuando en el período de cómputo concurren cotizaciones realizadas en varios Estados miembros, han sido las que más polémica han suscitado y siguen planteando. Dos han sido fundamentalmente los problemas jurídicos más relevantes y controvertidos: la determinación y actualización de la cuantía de las bases de cotización computables para el cálculo de la base reguladora de la pensión teórica española y la concreción de la pensión prorrateada, en función de la carencia

acreditada en los distintos Estados miembros concurrentes, del cómputo o no a estos efectos de períodos ficticios y/o asimilados y del período cubierto a totalizar.

No se han planteado, en cambio, problemas en relación con las normas nacionales anticúmulo, al poseer la normativa española relativa a la concurrencia de pensiones con otras prestaciones o rentas un carácter meramente interno, que prevé la incompatibilidad de pensiones con otras prestaciones del propio sistema, pero no impide su concurrencia con prestaciones o ingresos adquiridos en otro Estado miembro³⁴, salvo a efectos de aplicar el complemento de mínimos español, en cuyo caso las pensiones extranjeras se computan como ingresos o rendimientos de trabajo.

3.1. La aplicación de las reglas de coordinación al cálculo de la pensión prorrateada española

Siguiendo un orden probablemente menos didáctico, se procederá primero a señalar ciertas disfuncionalidades derivadas de la aplicación de las normas de coordinación al cálculo de la pensión prorrateada, que han sido prácticamente superadas, gracias a la labor complementadora del ordenamiento jurídico que se atribuye a la jurisprudencia, en la interpretación y aplicación de las normas. Las controversias surgidas en este ámbito, ya a raíz de la aplicación de las reglas de coordinación resultantes de los arts. 46 y 47 Reglamento 1408/1971, pueden reconducirse a dos: el cómputo de las cotizaciones ficticias, bonificadas o asimiladas, conforme a la legislación de seguridad social española, y la determinación del período de carencia totalizado o de referencia, a efectos de calcular la prorrateada de la pensión a cargo del sistema español.

³² Como el período ficticio de cotización por conciliación de la vida laboral o familiar, reconocido por la legislación de un Estado miembro, que las SSTS de 16 de septiembre de 2011 (RJ 2012/686) y de 20 de junio de 2012 (RJ 2012/8962) consideran computables en el cálculo del período de carencia exigido para el subsidio para mayores de 52 años.

³³ Como los beneficiarios del subsidio para emigrantes retornados que enlazaban a su finalización primero con un subsidio para mayores de 52 –conexión definitivamente admitida tras las SSTJUE de 20 de febrero de 1997 (asuntos Martínez Losada y otros, C-101 a 103/95) y de 25 de febrero de 1999 (asunto Ferreira Albite, C-320/95)– y después con una pensión de jubilación (opción esta última eliminada por el legislador al incorporar la disposición adicional 28.ª al TRLGSS mediante la disposición adicional 21.ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre). Más ampliamente, CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria de la seguridad social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, cit. pp. 278 s., que considera que la disposición adicional 28.ª plantea la duda de una discriminación indirecta para los trabajadores migrantes.

³⁴ Véase art. 53.3.a) Reglamento 883/2004 y CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria de la seguridad social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, cit. pp. 260 ss. y 286.

En relación con los períodos de carencia computables para determinar la prorrata, en principio son los que han sido cumplidos antes de la fecha del hecho causante –antes de la fecha de la «materialización del riesgo» en la terminología empleada por el art. 52 Reglamento 883/2004– de acuerdo con la legislación que la institución competente aplica, tal como se definen o admiten en la legislación bajo la que han sido cubiertos o se consideran cubiertos, así como todos los períodos asimilados reconocidos como equivalentes³⁵, y que han sido previamente tomados en consideración para calcular la cuantía teórica junto con los períodos cumplidos en los demás Estados miembros afectados. En concreto, las controversias se plantearon, por una parte, en relación con el cómputo de períodos de cotización estimada como consecuencia de un cambio o tránsito normativo. En concreto, los años y fracciones de año de cotización presunta reconocidos en la disposición transitoria 2.ª apartado 3 de la Orden de 18 de enero de 1967 para el cálculo de la pensión de jubilación, en función de la edad que el trabajador tenía el 1 de enero de 1967³⁶. Esas cotizaciones calificadas de «estimadas» comenzaron a computarse también a favor de los trabajadores migrantes cotizantes en otro Estado miembro antes de 1967, tras el cambio de doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 26

de junio de 2001³⁷. Con todo, en el Reglamento de base vigente se exceptiona ahora expresamente la aplicación del principio de asimilación de condiciones a las cotizaciones foráneas acreditadas en otros Estados miembros antes de aquella fecha y se limitan la bonificaciones por edad a los beneficiarios del Reglamento que hubieran acreditados cotizaciones en virtud de la legislación española antes de esa fecha³⁸.

Y, por otra parte, respecto de la aplicación en el Régimen especial de trabajadores del mar y en el Régimen especial de la minería del carbón de los coeficientes reductores en la edad de jubilación y las correspondientes cotizaciones ficticias consideradas cubiertas para modular los efectos de aquella reducción de la edad en la cuantía de la pensión de jubilación³⁹, cuya inclusión en el cómputo para determinar la pensión prorrata del trabajador migrante se denegó en principio por considerarlo un período completamente ficticio y no cumplido antes de la fecha del hecho causante⁴⁰, pese a que perjudicaba

³⁵ Según la definición de «períodos de seguro» del art. 1.1) de ambos reglamentos, tras la modificación realizada por el Reglamento (CE) 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998 –DOUE, L 209, de 25 de julio–, por el que se modifican los Reglamentos 1408/71 y 574/72.

³⁶ Para computar las cotizaciones efectuadas a los regímenes anteriores al régimen general de seguridad social –al seguro de vejez e invalidez y el mutualismo laboral– a efectos de calcular la cuantía de la pensión de jubilación, de acuerdo con la disposición transitoria 2.ª apartado 3 de la Orden de 18 de enero de 1967, reguladora de la prestación de vejez en el régimen general de la seguridad social. Controversias trasladables también al ámbito de los trabajadores del mar en relación con la aplicación de la disposición transitoria 3.ª apartado 3 del Decreto 1867/1970 y la aplicación de las bonificaciones por razón de edad de la disposición transitoria 2.ª de la Orden de 18 de enero de 1967, en función de la edad del trabajador el 1 de agosto de 1970. E, igualmente, a la minería del carbón ex disposición transitoria 8.ª de la Orden de 3 de abril de 1973, que desarrolla el Decreto 298/1973, de 8 de febrero.

³⁷ (RJ 2001/6834). Hasta ese momento, el alto tribunal rechazaba su cómputo argumentando que carecía de la oportuna cobertura en el Reglamento 1408/71 y que podía entrañar un incremento desmesurado de la pensión a favor de los trabajadores migrantes frente a los trabajadores sedentarios (STS de 7 de diciembre de 1999 –RJ 1999/9693–). Esta primera doctrina judicial del TS motivó el planteamiento de una cuestión prejudicial, que dio origen a la STJUE de 3 de octubre de 2002 (asunto Barreira-Pérez, C-347/00) y a un cambio de doctrina por el propio Tribunal Supremo calificando las cotizaciones de «estimadas» sobre la base de un cálculo estadístico, cuya finalidad es eximir al asegurado de una prueba de cotizaciones reales problemática –en el mismo sentido, STS de 28 de mayo de 2002 (RJ 2002/7563)–.

³⁸ Sin cotizaciones en España. Véase el apartado del anexo XI relativo a España en el punto 4.

³⁹ Que posibilita la reducción de la edad mínima de jubilación en atención a la naturaleza excepcionalmente penosa e insalubre o penosa de determinados trabajos del mar o de la minería con respecto a la edad ordinaria general de jubilación y el cómputo del período de tiempo en que resulte rebajada la edad de jubilación del trabajador como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión. Tanto la reducción de edad como el cómputo de ese período a efectos de determinar la cuantía de la pensión se aplican, con independencia de que la pensión se cause en cualquier otro régimen de la seguridad social.

⁴⁰ Véanse SSTs de 9 de octubre de 2001 (RJ 2001/1475), de 21 de octubre de 2002 (RJ 2002/10914), de 25 de junio de 2003 (RJ 2003/7693), de 22 de diciembre de 2004 (RJ 2005/1565)... En

especialmente a los trabajadores migrantes⁴¹. Aunque se produjo un apartamiento de aquella primera doctrina jurisprudencial ya en el año 2007⁴², con amparo en la doctrina consolidada del propio TJUE⁴³, el TS sigue pronunciándose en la actualidad sobre la fórmula de cálculo con-

todas ellas se insiste en la idea de que esa especial bonificación de cotizaciones por razón de la actividad desarrollada en el régimen del mar tiene una naturaleza jurídica muy distinta a la de bonificaciones tradicionales por edad o históricas, pues son «cotizaciones completamente ficticias, que no obedecen a ninguna presunción de realidad como las anteriores, y ni siquiera son anteriores al hecho causante, pues se abonan exclusivamente para el reconocimiento de la prestación y para el cálculo del porcentaje de pensión a percibir». Y ello pese a la existencia de una doctrina jurisprudencial anterior del TJUE en relación con trabajadores del sector de la minería y perfectamente trasladable a los trabajadores del mar –reflejada, entre otras, en las SSTJUE de 18 de febrero de 1992 (asunto Di Prinzio, C-5/91) en relación con la cuantía teórica de la pensión, y de 11 de junio de 1992 (asunto Di Crescenzo y Casagrande) y 15 de diciembre de 1993 (asunto «Fabrizii y otros»), en relación con la pensión prorrateada. Ya en el primero de los asuntos el Tribunal concretaba el sentido de lo que se consideraban «cotizaciones ficticias», en respuesta a la naturaleza de las bonificaciones que la legislación belga disponía para trabajadores mineros, similares a las de los regímenes especial del mar y el carbón del sistema español y considerando los períodos ficticios reconocidos por la legislación nacional aplicable anteriores al hecho causante.

⁴¹ Obstaculizando el ejercicio de su derecho a la libre circulación al impedir la acumulación de períodos tomados en consideración por la legislación interna para el cálculo de la pensión de jubilación del trabajador del mar o de la minería no migrante.

⁴² En efecto, el cambio de la doctrina jurisprudencial del TS se produjo, en relación con los trabajadores del mar, con la STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007/8302), seguida de muchas otras sentencias –SSTS de 23 de octubre de 2007 (RJ 2008/801), de 6 de noviembre de 2007 (RJ 2007/9331), de 11 de diciembre de 2007 (RJ 2008/1458); de 3 de junio de 2008 (RJ 2008/3299).– que prácticamente se extienden sin solución de continuidad hasta la actualidad.

⁴³ Y, en concreto, en la doctrina sentada en la STJUE de 3 de octubre de 2002 –asunto Barreira, C-347/2000– que en su apartado 38 se remite, en relación con lo que hayan de entenderse por cotizaciones ficticias, al asunto Di Prinzio –STJUE de 18 de febrero de 1992– y a la primacía del ordenamiento de la UE. Y ello aún reconociendo que la problemática planteada en el asunto Barreira no era sustancialmente idéntica, por tratarse ahora del cómputo de cotizaciones realmente ficticias pero que se toman en consideración para el cálculo de la pensión de los trabajadores del mar que no han emigrado, por lo que, de acuerdo con el principio de libre circulación y la igualdad de trato que debe amparar al trabajador migrante, en especial para el cálculo de las prestaciones con arreglo al art. 42 TCE –actual art. 48 TFUE–, entiende el TS que la duda interpretativa acerca de si tales cotizaciones ficticias deben calificarse o no como período asimilado a efectos de la aplicación de los artículos 1 r) y 46.2 Reglamento 1408/81, debe resolverla en sentido favorable, pese

traría al cómputo de los períodos de bonificación empleada por las entidades gestoras⁴⁴.

En cuanto a la fijación del período de totalización que debe computarse para calcular la pensión prorrateada a cargo del sistema español, los controversias se plantearon en relación a si debía computarse la totalización completa, incluyendo toda la carrera de seguro del interesado y, por tanto, íntegramente los períodos de seguro foráneos, o una totalización limitada a la cotización requerida para obtener la pensión completa⁴⁵. Tras el rechazo inicial de la totalización limitada por el TS⁴⁶, el TS considera que la claridad del art. 47.1.a) Reglamento 1408/71 obliga a la institución competente española a totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS para obtener una prestación completa⁴⁷. Ese período se ha incre-

a que la literalidad de la norma de derecho interno pudiera merecer la distinta consideración que hasta entonces se le había dado.

⁴⁴ Véanse SSTS de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015/785) y de 27 de mayo de 2015 (RJ 2015/3149), que trasladan ambas la doctrina ya consolidada respecto de los trabajadores del mar a los trabajadores de la minería del carbón.

⁴⁵ Como auspiciaba el art. 47.1.a) Reglamento 1408/71, tras la modificación introducida por el Reglamento (CEE) núm. 1248/92 a fin de flexibilizar la regla general de distribución de la prorrateada del art. 46.2, para el cálculo de la cuantía teórica y la prorrateada de las prestaciones cuya cuantía se determina en función de la duración de los períodos de seguro, en el caso de que el período total cotizado sobrepasase el período de carencia que permitiría acceder a la prestación completa.

⁴⁶ Mediante una interpretación conjunta de los arts. 46 y 1.r favorable al cómputo de los períodos cubiertos o asimilados, pero sin aludir siquiera al art. 47.1.a) –STS de 9 de octubre de 2001 (RJ 2001/1475), que *obiter dictum* destaca la incongruencia que, a juicio del tribunal, supondría computar para el cálculo de la pensión como cotizaciones realizadas cotizaciones asimiladas por edad que comportarían aumentar la cuantía de la pensión y dejar de computar, para calcular la prorrateada, en cambio, cotizaciones reales realizadas en el extranjero en la medida que excedan de la duración requerida para obtener la pensión completa. En el mismo sentido, SSTS 20 de abril de 2004 (RJ 2004/3656) y de 6 y 11 de julio 2006 (RJ 2006/8623 y 8498)–.

⁴⁷ Si la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados es superior a aquella. Como reconoce el TS, de esta forma, los efectos beneficiosos de este límite a la totalización se manifiestan al determinar la pensión prorrateada, pues al reducir el denominador de la fracción y mantenerse constante el numerador, el por-

mentado en la reforma introducida por la Ley 27/2011 para pasar de los treinta y cinco años de 2012 a los treinta y siete que serán exigibles en 2027 para alcanzar el 100% de la base reguladora⁴⁸, sin perjuicio de la aplicación del factor de sostenibilidad en los términos previstos en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre.

3.2. La aplicación de las reglas de coordinación al cálculo de la base reguladora de la pensión teórica española

Para calcular la base reguladora de una pensión contributiva de jubilación se computan, tras la reforma de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, las bases de cotización del beneficiario durante un período de referencia que se amplía paulatinamente a razón de doce meses por año desde los ciento ochenta meses (quince años⁴⁹) computables en 2012 hasta los trescientos meses (veinticinco años) anteriores al mes previo al hecho causante que se computarán en 2022⁵⁰, integrándose, en su caso, las lagunas correspondientes a las primeras cuarenta y ocho mensualidades con la base mínima existente en cada momento, y el resto de las lagunas que pueda haber, con el 50% de esa base mínima⁵¹.

centaje de prorrata que le corresponde al trabajador migrante es superior, sin perjudicarle el hecho de haber trabajado en el extranjero más años de los precisos para causar la pensión completa en España. Véase, de nuevo, la doctrina sentada en la STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007/8302), y, continuada, entre otras, en la STS 29 de abril de 2009 (RJ 2009/4961), que sintetiza una doctrina reiterada aún en sentencias recientes que siguen resolviendo supuestos similares.

⁴⁸ Con la introducción de un período transitorio en el que se disminuye paulatina y gradualmente el porcentaje aplicable a la base reguladora por cada mes cotizado. De 2013 a 2019 se exigen treinta y cinco años y medio para acceder a la pensión completa.

⁴⁹ Y hasta la entrada en vigor de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de seguridad social, noventa y seis meses (ocho años).

⁵⁰ En 2016 diecinueve años (doscientos veintiocho meses) y en 2016 diecinueve años (doscientos veintiocho meses)

⁵¹ Para las personas a quienes sea aplicable la legislación anterior a la reforma, en aplicación de la disposición final 12.ª de la Ley 27/2011, las lagunas de cotización se integrarán, a los exclusivos efectos de dicho cálculo, con la base mínima de

Quedan al margen de esa integración el Régimen especial de trabajadores autónomos y el Sistema especial de empleados de hogar.

Por tanto, para fijar la cuantía de la pensión teórica española en el caso de un trabajador migrante, resulta determinante identificar el período de referencia y las bases de cotización que las entidades gestoras deben computar para calcular la base reguladora. Los criterios de aplicación aportados por la normativa de coordinación no aportan una solución clara a las controversias y las modificaciones introducidas en los últimos años en Derecho interno con el incremento del período de carencia exigido y reglas más estrictas para la cobertura de las lagunas incluso darán como resultado cuantías teóricas anormal y excesivamente escasas en contraste con largos períodos de seguro de los trabajadores migrantes.

Esa cuantía exigua de la pensión teórica que resulta de la aplicación de las normas de coordinación y del cómputo de cotizaciones remotas de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que, después de prestar servicios en España, optaron por emigran a otros Estados miembros de la UE en busca de un futuro más halagüeño es una cuestión sin duda preocupante⁵². Y evidencia, cuando menos, que por las entidades gestoras no se está cumpliendo el objetivo contenido en el propio principio de la libre circulación de trabajado-

cotización, vigente en cada momento, en el Régimen General para los trabajadores mayores de 18 años.

⁵² Problema, ciertamente, no novedoso sino que se retrotrae a la incorporación de España a la CEE, pero que sigue generando abundante litigiosidad en los tribunales de justicia. Ampliamente, DESDENTADO BONETE, A., «El problema de la determinación de la base de la pensión española en los supuestos en que el cómputo comprende períodos de cotización que se han completado en otro país de la Unión Europea», en AA.VV., *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Comares, Granada, 1999, pp. 95 ss.; CARRASCOSA BERMEJO, D., «Cálculo de la pensión de jubilación contributiva española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la base reguladora», en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, MTAS, Madrid, 1999, tomo 1, pp. 409 ss.; LOUSADA AROCHENA, J.F., *La Seguridad Social de migrantes españoles en la Unión Europea en la doctrina judicial*, AL, núm. 19, 2009.

res de no perjudicar al trabajador migrante en el cálculo de su pensión frente al trabajador sedentario⁵³, poniendo además en cuestión la propia exigencia del art. 41 CE de garantizar la suficiencia de las prestaciones sociales.

Los obstáculos se retrotraen ya a la aplicación del art. 47.1.g y del anexo VI.D.4⁵⁴ Reglamento 1408/71—cómputo, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación española en función de las bases de cotización reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización española⁵⁵, y a la interpretación no suficientemente clarificadora que sobre esa aplicación han realizado el TJUE y el TS —.

Las dificultades interpretativas del Reglamento surgieron precisamente en relación con la integración de lagunas de cotización y se pusieron ya de manifiesto en el asunto Lafuente

⁵³ Resulta desde todo punto de vista ilógico que siga recurriéndose a los Convenios bilaterales suscritos por España antes de su incorporación a la UE y preexistentes a la aplicación de la normativa de coordinación para permitir a los migrantes optar a pensiones más racionales, en los casos en que resulta posible —siempre que el período de trabajo en el otro Estado miembro sea anterior a la entrada en vigor en España del Reglamento 1408/1971—, y pese a la existencia de una normativa comunitaria que debe conducir, por imperativo del propio art. 48 TFUE, a adoptar las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores.

⁵⁴ Anexo introducido por el Reglamento (CEE) núm. 1248/92 del Consejo, que modifica las disposiciones que regulan la concesión y el cálculo de las pensiones.

⁵⁵ A tenor del art. 47.1.g, cuando la legislación interna de un Estado miembro, como ocurre con la normativa española, para determinar la cuantía de una pensión, utilice como base reguladora bases de cotización medias, la institución competente «determinará dicha base media en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado». Para aplicar esa regla, el anexo VI.D.4^o establece que el cálculo de la prestación teórica española «se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española», incrementándose la cuantía de la pensión con arreglo al importe y revalorizaciones previstas para las pensiones de la misma naturaleza. El Reglamento (CE) núm. 1223/98 del Consejo, de 4 de junio de 1998 suprimió el inciso «hasta el año anterior al hecho causante», que había sido objetada por el TJUE, aunque no hasta el punto de aceptar la invalidez parcial del anexo. Véase CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria de la seguridad social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, cit. p. 291 n. 382.

Nieto⁵⁶. Hasta la aprobación del Reglamento 1248/92, para la integración de lagunas se recurría al cómputo de bases ficticias de cotización, pero existían tres tesis con consecuencias económicas muy dispares que dieron origen a una gran litigiosidad —integración con bases mínimas⁵⁷, bases máximas⁵⁸ o bases medias⁵⁹—.

⁵⁶ Por la necesidad de interpretar la normativa de coordinación garantizando al trabajador migrante que no va a sufrir minoraciones en la cuantía de sus prestaciones por el hecho de haber optado por ejercer su derecho a la libre circulación. STJUE de 12 de septiembre de 1996 —asunto C-251/94—, especialmente apartado 33—.

⁵⁷ Tesis considerada por las entidades gestoras la más respetuosa con la legalidad interna, en la medida en que las normas internas remitían la integración de lagunas a las bases mínimas de cotización correspondientes a la categoría del trabajador en el período de referencia, aunque en algunos regímenes especiales, como el Régimen especial de trabajadores autónomos, las lagunas no se integraban y podían causar una base reguladora igual a cero, si no existían en el período de referencia bases de cotización nacionales. La tesis de las bases mínimas fue considerada contraria al Derecho comunitario en la STJUE de 12 de septiembre de 1996 —asunto Lafuente Nieto—, al considerar que producía un trato diferente entre el trabajador migrante y el sedentario en perjuicio del primero, cuando la laguna se correspondía realmente con un período de actividad foráneo y no con un período de inactividad.

⁵⁸ Tesis defendida por los trabajadores migrantes y por un importante sector doctrinal cuando las lagunas se correspondían con períodos de actividad foráneos con elevados salarios que, si hubiesen sido recibidos en España, habrían supuesto una cotización por las bases máximas y que venía utilizando el TS para el cálculo de las pensiones en el marco del Convenio bilateral hispano-alemán. Esta tesis, que exige transformar los salarios percibidos en el extranjero en bases de cotización españolas, dentro de los límites mínimo y máximo autorizados legalmente, y que frecuentemente implicaba computar las bases máximas al superar las bases extranjeras el límite de cotización español, puede comportar un sacrificio excesivo para la institución competente en relación con la contribución aportada por el trabajador migrante, que no se corresponde con los salarios percibidos en el extranjero, razón por la que fue considerada contraria al Derecho de la UE —en concreto, al art. 47 Reglamento 1408/71— por el TJUE en el asunto Lafuente Nieto.

⁵⁹ Tesis aplicada por el TS, conforme a la equidad tomando bases equidistantes aritméticamente en el período de referencia entre las bases mínimas y máximas. Véase una reafirmación de esa doctrina, entre otras, en las SSTS de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992/1376), de 15 y 25 de octubre de 1993 (RJ 1993/9216 y 1993/863), de 25 de marzo de 1995 (RJ 1995/2560), 3 y 18 de mayo de 1994 (RJ 1994/3990 y 1994/4216)... hasta las sentencias de 17 de enero y 15 de julio de 1997 (RJ 1997/558 y 1997/6348), pese al rechazo «tácito» del TJUE, que manifiesta su preferencia por las bases reales en el asunto Lafuente Nieto y en las SSTJUE de 9 de octubre de 1997 (asunto Naranjo Arjona, C-31/96) y de forma explícita en la de 17 de diciembre de 1998 (asunto Grajera Rodríguez, C-33/96).

Tras la entrada en vigor del Reglamento 1248/92 y la aplicación del anexo VI.D.4º, el TJUE inclinó la balanza hacia el cómputo de las bases reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española o bases remotas actualizadas⁶⁰, que no resolvía realmente el problema de la cobertura de lagunas. Este cómputo, si bien impide un vacío total de cotizaciones nacionales, mantiene el problema de la integración de lagunas parciales –que incluso han podido ser cubiertas si el migrante trabajó y cotizó durante el período de referencia en otro Estado miembro– e incluso provoca el problema de acreditación de bases antiguas –por inexistencia de bases reales, sistemas de seguros sociales diferentes y falta de datos para su posible determinación⁶¹– y de cómputo de cuantías exiguas, remotas y completamente depreciadas⁶². Esta

ponderación de la contributividad específica del migrante al sistema de seguridad social español debería tener incidencia únicamente en el cálculo de la pensión prorrateada, no en la cuantía teórica⁶³.

El TS, al plantear la cuestión prejudicial que dio origen al asunto Grajera Rodríguez⁶⁴, reconoce que el cálculo realizado por el INSS se ajusta al anexo VI.D.4º y defiende su tesis de las bases medias, cuestionando la propia conformidad del anexo con los arts. 39 a 42 TCE –actuales arts. 45 a 48 TFUE–, en especial la traslación del período de referencia al momento del pago de la última cotización en España⁶⁵ y la opción del anexo por la revalorización de la pensión misma en lugar de por la actualización de las bases de cotización⁶⁶. Con todo, el TJUE confirmó la validez del anexo, la traslación del período de referencia al momento previo a la emigración⁶⁷ y el cómputo

⁶⁰ El cómputo de las bases remotas –bases coincidentes con las abonadas a las entidades gestoras de la seguridad social en el período de referencia que corresponda, pero computado antes la fecha de la emigración– no permite cubrir las lagunas de cotización y conduce a bases exiguas y, además, de muy difícil o imposible determinación, al no disponer el beneficiario de la documentación necesaria para acreditarlas. Su actualización mediante la aplicación de un coeficiente multiplicador para asignarle el valor correspondiente en la actualidad permitiría corregir ciertos desequilibrios.

⁶¹ Como parece reconocer el propio INSS en su Resolución de 20 de julio de 1992. Por lo demás, hasta 1963 no existen bases mínimas.

⁶² Los hechos del asunto Grajera Rodríguez son sumamente ilustrativos: migrante con una carrera de cotización próxima a los cuarenta años que trabajó en España aproximadamente diez años en dos períodos antes del 30 de junio de 1969 –un período muy breve en el período de referencia tomado en consideración para el cálculo de la pensión, durante el que trabajó mayoritariamente en Alemania– y a quien el INSS reconoce una base reguladora de 2.873 pesetas (17,27 €), a la que, además, pese a la carrera de cotización del trabajador, aplica un porcentaje del 60% para determinar la cuantía teórica –resultando una cantidad de 1724 pesetas (10,36 €) que, supuestamente, debería coincidir con la pensión que habría obtenido en la fecha del hecho causante (1993) si, como trabajador sedentario, hubiese desarrollado íntegramente su carrera de cotización en España– y sobre la que aplica una prorrateada del 18,67% en correspondencia a la entidad de las cotizaciones españolas en su carrera de cotización, resultando una pensión prorrateada de 322 pesetas (1,94 €) que, una vez revalorizada hasta 1993, alcanzó las 5141 pesetas (30,9 €).

⁶³ No en el cálculo de la base reguladora de la cuantía teórica de la pensión, que provoca realmente una doble penalización para el trabajador migrante so pretexto de establecer un reparto financiero de la pensión entre las instituciones competentes involucradas.

⁶⁴ Auto de 17 de marzo de 1997 (RJ 1997/2566). Sobre el asunto, véase CARRASCOSA BERMEJO, D., *La determinación de la base reguladora de la pensión teórica y la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario sobre el Asunto Grajera Rodríguez*, RDS, núm. 5, 1999, p. 109 ss.; DÍAZ MÉNDEZ, A., *La sentencia del TJCE en el «Caso Grajera» o la jurisprudencia imposible. (Sobre el cálculo de las pensiones de los trabajadores migrantes de la UE)*, AS, núm. 8, 2000.

⁶⁵ En cuanto que la posición del migrante que causaba una pensión prorrateada española se equiparaba a la de un trabajador sedentario que hubiese causado derecho a una pensión española no en el momento del hecho causante sino cuando pagó su última cotización en España, justo antes de la emigración.

⁶⁶ No mitigaba adecuadamente el cómputo de bases remotas en cuanto que la mejora del nivel de cobertura del sistema español se ha producido por una paulatina aproximación de las bases de cotización a los salarios reales en absoluto paralela al proceso de revalorización de pensiones, que no se aplicó hasta la Ley 26/1985. En los asuntos Lafuente Nieto y Naranjo Arjona también el TJUE hacía alusión a la actualización de las bases de cotización para compensar bases remotas.

⁶⁷ Al entender que en otro caso se tomaría de referencia un período en el que el trabajador no contribuyó al sistema español y que ese período previo al hecho causante ya se tiene en cuenta con arreglo a la legislación del otro Estado miembro en el que trabajó el migrante. Ambos argumentos resultan

to de las bases reales, ya propugnado en las sentencias Lafuente Nieto y Naranjo Arjona, pero entendiendo que el objetivo perseguido debe permitir, a partir de esas bases y de una actualización que tenga en cuenta la evolución del coste de vida y los incrementos de las pensiones de igual naturaleza, obtener una pensión «que se corresponda con la que habría percibido el trabajador migrante si hubiese seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trate», pudiendo en otro caso los órganos judiciales españoles aplicar otro sistema de actualización a fin de garantizar el derecho a la libre circulación⁶⁸.

El problema radica en encontrar tales criterios válidos de revalorización cuando la propia cuestión prejudicial se plantea por la ineficacia del Derecho interno para proteger al migrante en el marco del anexo⁶⁹. Uno de

poco convincentes, especialmente teniendo en cuenta que se trata de determinar la pensión teórica de cotización y no la pensión prorata española. Más razonable y acorde al objetivo de favorecer la libre circulación sería adoptar como período de referencia el inmediatamente anterior al hecho causante

⁶⁸ Por tanto, el TJUE considera tarea de los órganos jurisdiccionales nacionales identificar los mecanismos capaces de integrar las lagunas de bases de cotización y su actualización o la revalorización de la propia pensión para garantizar la correspondencia de la pensión generada con la que habría podido generar como trabajador sedentario. Sobre el papel asignado a los órganos jurisdiccionales en materia de Seguridad Social, véase IGLESIAS CABERO, J., *Protección de los trabajadores migrantes en la Unión Europea. Particular referencia a la jubilación y al desempleo*, cit. p. 53. Los jueces nacionales, en aplicación de los principios de primacía y de efecto directo del ordenamiento de la UE –que implican su integración plena en los ordenamientos internos, sin necesidad de ningún acto de recepción formal y su prevalencia en el orden jerárquico, incluso sobre el Derecho interno de rango constitucional–, tienen el deber de aplicar el Derecho de la UE en todo caso con preponderancia sobre el Derecho interno.

⁶⁹ Aunque el TS podría, para aclarar estos extremos, haber utilizado el derecho que le asistía a replantear la cuestión prejudicial ante el TJUE. Admitida la validez del anexo, la traslación del período de referencia, el cómputo de las bases reales remotas y la revalorización de la pensión, la STS de 9 de marzo de 1999 (RJ 1999/2755) puso de manifiesto el obstáculo procesal que le impedía al TS identificar sistemas de actualización de las bases más acordes con el principio de libre circulación y más respetuosos con el principio de no discriminación del migrante. Al resolver un recurso extraordinario, en el que no se aplica el

esos criterios, utilizado posteriormente, ha sido el de computar las bases reales aplicando los incrementos experimentados por el salario mínimo interprofesional hasta el momento del hecho causante⁷⁰. Un segundo criterio, extraído de la propia jurisprudencia del TJUE y que podría tenerse en cuenta, es el de incrementar, en su caso, la cuantía teórica hasta un mínimo coincidente con la pensión mínima existente en la legislación interna en el momento en que se realice el cómputo mediante la aplicación de un complemento de mínimos⁷¹. Un tercer

principio *iura novit curia*, debe ser el propio interesado quien alegue y aporte prueba de la inadecuación del procedimiento utilizado por las entidades gestoras y sobre la existencia de criterios de actualización diferentes y más beneficiosos o, en su caso, invoque la infracción o solicite la aplicación de un convenio bilateral más favorable, debiendo acreditar ese carácter más tuitivo en la aplicación al caso concreto, sin que pueda considerarse una cuestión nueva introducida en el marco del recurso extraordinario. Las dificultades, en efecto, se atenúan cuando se aplican los convenios bilaterales de seguridad social con carácter preferente a la normativa de coordinación, que pueden permitir el cómputo de bases máximas, aunque el TS exige para ello que el interesado haya instado su aplicación –STS de 20 de enero de 2000 (RJ 2000/984)–. Véase OJEDA AVILÉS, A., *El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia*, AS, núm. 1, 2000; CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria de la seguridad social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, cit. p. 293. En todo caso, no se debe olvidar que los Reglamentos son de aplicación directa y preferente respecto de la normativa interna, pudiendo los trabajadores migrantes que, mediante vulneración de la normativa de coordinación, hayan sufrido daños en sus derechos imputables a la Administración pública o al poder judicial, exigir ante los tribunales indemnización al Estado incumplidor. Véase STJUE de 28 de junio de 2001 (asunto Larys, C-118/00). CARRASCOSA BERMEJO, D., *La base reguladora de la «cuantía teórica» de los trabajadores migrantes; el caso Grajera Rodríguez*, cit. p. 275.

⁷⁰ Que comporta la aplicación de un sistema de actualización vigente desde una fecha anterior al de la revaloración de las pensiones y produce resultados más ventajosos para el trabajador, sin excluir otros criterios como el relativo a la aplicación del índice de precios al consumo previsto en el art. 162 TRLGSS –STS de 12 de marzo de 2003 (RJ 2003/3642)–. Aunque ya la Ley 24/1972, de 21 de junio, había reconocido la revaloración de pensiones en España con carácter estable y sistemático, fue la Ley 26/1985 la que introdujo esa revalorización automática y anual, en tanto el salario mínimo interprofesional se introdujo por el Decreto 55/1963, de 17 de enero.

⁷¹ STJUE de 24 de septiembre de 1998 (asunto Stinco, C-132/96) y CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comu-*

criterio, asumido por el legislador en 2010, es el de garantizar al menos una pensión prorrateada mínima de un 50% de la pensión SOVI a los trabajadores migrantes⁷².

Pero sin duda el criterio más relevante se puso de relieve en el asunto Salgado González⁷³, en el que se pretendió incluso la no integración de lagunas en el Régimen especial de trabajadores autónomos y su cómputo por la entidad gestora con un valor equivalente

nitaria de la seguridad social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71, cit. p. 294 s. Criterio, no obstante, sujeto a diversas interpretaciones, como la de quienes, como García de Cortázar y Nebreda, apuntaban que se podría tomar como cuantía teórica mínima para los trabajadores que acreditan cotizaciones españolas remotas las pensiones SOVI, tesis de la que en principio disiente Carrascosa Bermejo, al entender que los migrantes no podrían en ese caso ser titulares simultáneamente de una pensión contributiva del sistema nacional de seguridad social. El criterio ha sido matizado al exigirse el cumplimiento de los requisitos requeridos por la legislación nacional, incluida la no superación de un límite máximo de ingresos –STJUE de 4 de mayo de 2005 (asunto Uriel Koschitzki, C-30/04)–.

⁷² Cuando, para el reconocimiento de esa pensión, se hubiese totalizado períodos de seguro foráneos, extensible desde el 2011 a los titulares de pensiones contributivas que optaran por una pensión SOVI por reunir los requisitos exigidos para su reconocimiento, según se ha recogido en las Leyes de presupuestos desde entonces. Véanse los arts. 49.Tres Ley 26/2009 y 47.Cuatro Ley 36/2014. Sobre su aplicabilidad a los migrantes, CARRASCOSA BERMEJO, D., *La base reguladora de la «cuantía teórica» de los trabajadores migrantes; el caso Grajera Rodríguez*, cit. p. 289 s.

⁷³ STJUE de 21 de febrero de 2013 (C-282/11). La Sra. Salgado González cotizó en España en el RETA durante algo más de diez años (3711 días, entre el 1 de febrero de 1989 y el 31 de marzo de 1999) y después en Portugal durante casi seis años (2100 días, del 1 de marzo de 2000 al 31 de diciembre de 2005). Al calcular la pensión española y computar las bases de cotización de los quince años anteriores a la última cotización real española se producían lagunas de cotización durante casi cinco años (del 1 de abril de 1984 al 31 de enero de 1989) que la entidad gestora computó con valor cero. A la base reguladora así obtenida se le asignó un porcentaje del 53% totalizando el tiempo de cotización en España y Portugal y una prorrata temporis de un 63,86%. Un estudio de la sentencia, en DESDENTADO DAROCA, E., *De nuevo sobre los problemas del cálculo de la base reguladora de las pensiones de los trabajadores migrantes. El caso Salgado González y la STJUE de 21 de febrero de 2013*, RDS, núm. 62, 2013, pp. 149 ss.; CARRASCOSA BERMEJO, D., «Base reguladora de la jubilación para migrantes tras el asunto Salgado González», AS, núm. 9, 2014 –base de datos Westlaw BIB/2014/66–.

a cero. El TSJ de Galicia, que planteó una cuestión prejudicial en este caso⁷⁴, consideró que el cálculo de la pensión española realizado por el INSS y, en particular, la aplicación del art. 162.1 TRLGSS – 209 TRLGSS/15 en combinación con el anexo VI.D.4º Reglamento 1408/71 no era conforme a la libre circulación⁷⁵. El propio Tribunal remitente proponía, para no trasladar la contributividad propia de la *prorrata temporis* a la determinación de la cuantía teórica, como uno de los mecanismos posibles para garantizar la libre circulación y una mayor correspondencia con la pensión que habría podido generar como trabajador sedentario –el más acorde con el art. 48 TFUE–, computar exclusivamente el período efectivo de cotización en España, pero adecuar el cálculo de la base reguladora computando en el numerador las bases reales por el período cotizado en España y ajustar el denominador a ese mismo período, adicionando las dos pagas extras que por año cotizado corresponden⁷⁶.

Esta solución, trasladable al cálculo de la cuantía teórica en cualquier supuesto mediante una adecuación del período de referencia al período efectivo de cotización podría ser la

⁷⁴ Mediante auto de 9 de mayo de 2011 (AS 2012/2011).

⁷⁵ En la medida en que si el trabajador migrante hubiese cotizado íntegramente en España habría obtenido una base reguladora superior y que esa base sería tanto más inferior cuanto menor fuese la cotización en España y mayor en otro Estado miembro.

⁷⁶ El TJUE entiende que el art. 48 TFUE y la normativa de coordinación –incluido el anexo– se oponen a una normativa de Derecho interno que impone un cálculo invariable de la cuantía teórica de la pensión del autónomo mediante el cómputo de sus bases medias de cotización en un período de referencia fijo anterior al pago de su última cuota en ese Estado mediante la aplicación de un divisor fijo, sin que sea posible adaptar ni la duración del período ni el divisor para «tomar en consideración el hecho de que el trabajador en cuestión ha ejercido su derecho a la libre circulación». Ante la falta de respuesta del tribunal a una segunda cuestión prejudicial en orden a si sería conforme al Derecho comunitario el cálculo propuesto por el Tribunal, al entender que no le corresponde a él determinar cuáles son los mecanismos de Derecho interno más apropiados para lograr una aplicación armónica del Derecho comunitario y del Derecho nacional, el TSJ de Galicia, que presentó a cuestión prejudicial opta por el criterio de cálculo propuesto en el auto como más conforme con la libre circulación.

solución aportada por los órganos jurisdiccionales nacionales a la tarea encomendada por el TJUE de identificar posibles mecanismos de integración de lagunas —eliminando realmente su existencia— para garantizar la libre circulación sin poner en entredicho la sostenibilidad financiera del sistema, aunque respetando la aplicación de la norma de coordinación al Derecho interno. El art. 56.c) Reglamento 883/2004 y el anexo XI para España en su apartado 2⁷⁷ matizan las reglas del Reglamento anterior⁷⁸ al prever, para el supuesto de que la legislación interna de un Estado miembro utilice bases medias de cotización, la determinación de la base de cálculo de las prestaciones únicamente en virtud de los períodos de seguro cumplidos «con arreglo a» la legislación de dicho Estado —no bajo la misma—, debiendo computarse períodos cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, utilizando los mismos elementos que para los

períodos cubiertos con arreglo a la legislación nacional y admitiendo expresamente en el anexo la cobertura de lagunas por cotización en otro Estado miembro con la base, remota o no, que más se le aproxime en el tiempo, actualizada de acuerdo con el índice de precios al consumo. Se abandona, pues, la tesis de las bases mínimas y la aplicación de las normas generales de integración de lagunas cuando coinciden con períodos simultáneos de cotización en otro Estado miembro —y, por tanto, son previas a las últimas cotizaciones españolas—. No se soluciona, en cambio, la cobertura de lagunas en otro caso, aunque, desde luego, debería propugnarse el sistema utilizado por el TSJ de Galicia y no el sistema de integración de lagunas actualmente vigente, que agrava aún más el problema⁷⁹. Y se abre la puerta al fraude⁸⁰.

4. REFLEXIÓN FINAL

Si bien se han ido corrigiendo, gracias a la labor de los órganos jurisdiccionales internos y del TJUE, varias de las disfuncionalidades que la aplicación de las normas comunitarias de coordinación provocaron en el acceso y cálculo de las pensiones españolas, resulta llamativo que el TS aún continúe pronunciándose sobre problemas, como el cómputo de cotizaciones por bonificaciones por razón de edad, teóricamente solucionados hace ya ocho años. Parece evidente que las entidades ges-

⁷⁷ Al que se remite el art. 56 «en caso necesario», sin aclarar el significado de esa expresión. El procedimiento que prevé para España el anexo XI en el apartado 2 es el de efectuar el cálculo de la pensión teórica española «sobre las bases de cotización reales» del causante durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española», utilizando, cuando hayan de ser computados períodos foráneos, para dichos períodos, «la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo», que puede implicar inflación o deflación, según dónde se sitúe en el tiempo la cotización más próxima, e incrementando la cuantía de la pensión resultante de acuerdo con las revalorizaciones correspondientes.

⁷⁸ Y el propio Reglamento recoge, entre sus disposiciones transitorias, la posibilidad de presentar solicitudes de pensiones no liquidadas o suspendidas o de revisiones de pensiones liquidadas con anterioridad a la aplicación del Reglamento, a la luz de las disposiciones del mismo. Retrotrayendo los derechos originados en virtud del Reglamento a la fecha de su entrada en vigor, si la solicitud se presenta en los dos años siguientes, y sin que puedan aplicarse a los interesados los plazos de caducidad, prescripción o limitación de derechos previstos en la legislación interna, o al momento de presentación de la solicitud en otro caso, y aplicando ya, en su caso, los plazos de caducidad, prescripción o limitación de derechos y pudiendo aplicarse lo dispuesto en la legislación interna si resulta más favorable. Apartados 4 a 8 del art. 87 Reglamento 883/2004. En el caso de España, el derecho a la solicitud de la pensión no prescribe y los efectos económicos pueden retrotraerse a los tres meses anteriores a la solicitud.

⁷⁹ En efecto, la reforma introducida por la Ley 27/2011 contribuye incluso a agravar el problema, al incrementarse paulatinamente desde 2013 el período de referencia a computar para calcular la base reguladora, dando lugar a cuantías teóricas menores al reducirse en muchos casos el tiempo real de cotización y ser preciso integrar lagunas en largos períodos en los que no existe cotización nacional, ni, probablemente, tampoco foránea, supuesto en el que las entidades gestoras recurrirán probablemente a los criterios generales de integración de acuerdo con la normativa interna vigente tras la reforma —bases mínimas y 50% de las mismas—.

⁸⁰ Con altas unos meses en España al final de las carreras de cotización para computar la base más próxima y modificar el período de referencia, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación del art. 162.2 TRLGSS.

toras no siempre han adaptado sus criterios a esa doctrina jurisprudencial, forzando a los migrantes a reclamar en vía administrativa y judicial frente a los mecanismos de cálculo empleados por las mismas. Por lo demás, el apartado 4 del anexo XI aplicable a España complicará sin duda el cómputo de las bonificaciones por edad en perjuicio del migrante.

El TJUE no estuvo acertado en el asunto Grajera Rodríguez, al trasladar a los órganos jurisdiccionales nacionales la tarea de encontrar instrumentos que, retrotrayendo el período de referencia del cálculo de la base reguladora al momento anterior a la última cotización en España y computando las bases remotas reales, permitan la integración de lagunas y la actualización de los valores resultantes sin obstaculizar la libre circulación del migrante, que no debe sufrir una reducción de la cuantía de sus prestaciones por el hecho de haber ejercitado su derecho a la libre circulación. El desajuste viene sin duda provocado por la propia norma de coordinación que altera el sistema de cálculo de la pensión de Derecho interno al trasladar el período de referencia a un momento que puede ser muy anterior y obligar a acudir a bases remotas muy inferiores a las que habría que utilizar en el momento del hecho causante y a cubrir lagunas de cotización que se correspondan con períodos de seguro foráneos con las bases de cotización en España que más se aproximen en el tiempo. El problema de la cobertura de lagunas que no se correspondan con períodos de seguro foráneos puede ser solventado, de forma similar a como resolvió el TSJ de Galicia en el asunto Salgado González, mediante una adecuación del período de referencia computable en la base reguladora al período efectivo de cotización sumando los períodos españoles y foráneos previos a la emigración. Solo queda esperar, hasta que las instituciones competentes revisen sus criterios⁸¹, que

continúen los litigios y sean los tribunales de justicia los que encuentren mecanismos que permitan rectificar los criterios utilizados por las entidades gestoras, para reconocer pensiones teóricas españolas realmente equivalentes a las que los migrantes accederían si hubiesen completado su carrera de seguro en España como trabajadores sedentarios.

5. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCOSA BERMEJO, D.

- «Cálculo de la pensión de jubilación contributiva española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la base reguladora», en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, MTAS, Madrid, 1999, tomo 1.
- *La determinación de la base reguladora de la pensión teórica y la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario sobre el Asunto Grajera Rodríguez*, RDS, núm. 5, 1999.
- *La coordinación comunitaria de la seguridad social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, CES, Madrid, 2004.
- «Seguridad social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales», en AA.VV., *Lecciones de Derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch (Valencia 2012).
- *La base reguladora de la «cuantía teórica» de los trabajadores migrantes; el caso Grajera Rodríguez*, RMTAS, núm. 102, 2013.
- *Base reguladora de la jubilación para migrantes tras el asunto Salgado González*, AS, núm. 9, 2014 –base de datos Westlaw BIB/2014/66–.

DESDENTADO BONETE, A. «El problema de la determinación de la base de la pensión española en los supuestos en que el cómputo comprende períodos de cotización que se han completado en otro país de la Unión Europea», en AA.VV., *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Comares, Granada, 1999.

DESDENTADO DAROCA, E. *De nuevo sobre los problemas del cálculo de la base reguladora de las pensiones de los trabajadores migrantes. El caso Salgado González y la STJUE de 21 de febrero de 2013*, RDS, núm. 62, 2013.

DÍAZ MÉNDEZ, A. *La sentencia del TJCE en el «Caso Grajera» o la jurisprudencia imposible. (Sobre*

⁸¹ Revisión que deberá afectar también a la denegación de pretensiones por los tribunales, fundamentada en interpretaciones que sean superadas, como reconoce, siguiendo doctrina del TC, CARRASCOSA BERMEJO, D., *La base reguladora de la*

«cuantía teórica» de los trabajadores migrantes; el caso Grajera Rodríguez, cit., p. 295

el cálculo de las pensiones de los trabajadores migrantes de la UE), AS, núm. 8, 2000.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. *Base reguladora y preferente aplicación de los Convenios bilaterales sobre los Reglamentos comunitarios*, A.S., núm. 1, 2011, –base de datos Westlaw BIB/2011/369–.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. «Los reglamentos comunitarios de Seguridad Social (reglas de coordinación)», en AA.VV. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *La trasposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español. Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, MTAS, Colección Informes y Estudios, Serie General, núm. 17, Madrid, 2005.

GONZALO GONZÁLEZ, B. «Excepciones al principio de igualdad en los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social», en AA.VV., *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999

IGLESIAS CABERO, J. *Protección de los trabajadores migrantes en la Unión Europea. Particular referencia a la jubilación y al desempleo*, RMTAS, núm. 44, 2003.

LOUSADA AROCHENA, J.F. *La Seguridad Social de migrantes españoles en la Unión Europea en la doctrina judicial*, AL, núm. 19, 2009.

MIRANDA BOTO, J.M.^a *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

OJEDA AVILÉS, A. *El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia*, AS, núm. 1, 2000 –base de datos Westlaw BIB/2000/9–.

ROJAS CASTRO, M. *Dos caminos de la duda de los pensionistas migrantes para conseguir, desde abajo, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la justicia social contra las discriminaciones impuestas desde arriba*, AS, núm. 15, 2008 –base de datos Westlaw BIB/2008/2609–

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Ediciones Laborum, Murcia, 2010.

RESUMEN

Los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social no siempre se circunscriben a cumplir su cometido, coordinación de los sistemas nacionales, entrometiéndose en su aplicación y provocando desajustes en detrimento del trabajador migrante que provocan una falta de coordinación y pueden obstaculizar el derecho a la libre circulación. Esa falta de coordinación ha ocasionado una gran litigiosidad que ha permitido corregir algunos de los perjuicios producidos en el acceso a la pensión y en el cálculo de la pensión prorrateada. Sin embargo, subsisten los desajustes en el cálculo de la base reguladora al tener que computarse las bases medias de cotización en el momento previo a la emigración en lugar de en el momento del hecho causante. Ello obliga a acudir muchas veces a bases remotas exiguas o inexistentes y a cubrir lagunas de cotización que no se corresponden siquiera con períodos de seguro foráneos. El problema es encontrar mecanismos que permitan conciliar la legislación interna con la norma de coordinación sin causar minoraciones en las pensiones de los migrantes.

Palabras Clave: Libre circulación, Seguridad Social, normas de coordinación, pensión del trabajador migrante.

ABSTRACT

Community regulations on Social Security are not always limited to the coordination of national systems, interfering their implementation and producing disparities at the expense of migrant workers and thus blocking their right to free movement. This lack of coordination has led to a great deal of legal actions which have allowed to amend some of the damage caused when trying to gain access to the pension and the calculation of it on a pro rata basis. However, disparity in the calculation of the regulatory base still exists because the average contribution basis is taken into account just before emigration instead of the moment of the materialisation of the risk. This fact obliges to look up in non-existent or meagre remote databases and to fill the contribution gaps which do not even correspond to foreign insurance periods. The problem is to find a procedure to combine the Spanish legislation with the coordination regulation without causing a reduction in migrants' pensions.

Keywords: Free movement, Social Security, coordination regulations, pension of migrant workers.

Las consecuencias sobre el principio de igualdad en el empleo de las especialidades del trabajo a tiempo parcial en materia de cotización

Consequences on the principle of equality for employment in part-time jobs regarding contribution

EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ*

1. INTRODUCCIÓN

El prototipo de protección del Sistema de Seguridad Social está articulado en base a un trabajador indefinido y a tiempo completo, sin interrupciones y con largos y elevados niveles de contributividad. De manera que la mujer, en muchos casos, no va a encontrar cobijo en esta concepción de protección social, ya que es habitual que cuente con lagunas o interrupciones en su carrera de cotización por la asunción de las cargas familiares. También es frecuente que reduzca su jornada laboral o directamente que su contrato sea a tiempo parcial, con la finalidad de conciliar sus obligaciones laborales y familiares¹. En realidad, este tipo de empleo no cuestiona el rol de género, sino que es una modalidad de trabajo *ad hoc*². Todas estas si-

tuaciones, unidas a la discriminación salarial y a la falta de promoción profesional, conllevan repercusiones directas sobre la cuantía y el acceso a las prestaciones del sistema de Seguridad Social.

Para neutralizar o, al menos, minimizar, esas consecuencias negativas el principio de igualdad y no discriminación presta especial atención al género. En el ámbito internacional, el Convenio nº 111 OIT³ protege la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y admite que se adopten medidas de acción positiva a favor del colectivo desfavorecido mientras dure la situación discriminatoria⁴. Más específicos son el Convenio nº 156, de 1981⁵, y la Recomendación nº 165⁶, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajado-

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo.

¹ CARACCIOLLO DI TORELLA, E. y MASSELOT A., *Reconciling Work and Family Life in EU Law and Policy*, Palgrave-Macmillan, London, 2010, pp. 118 y ss.

² «Trabajo bonito para mujer bonita», expresión muy gráfica de MORRIS, D., que al hilo de estas reflexiones recuerda CABEZA PEREIRO, J., «Conciliación de vida privada y familiar», TL, nº 103, 2010, p. 59. En el mismo sentido, se refiere a un «segundo nivel» de relaciones laborales, TORTUEO PLAZA, J.L., «Conciliación, género y empleo, reflexiones desde el sistema de Seguridad Social», RMTAS, nº extraordinario, 2007, pp. 113 y ss.

³ Convenio nº 111 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), de 1958, ratificado por España en 1967.

⁴ También puede relacionarse con el Convenio nº 122 OIT, de 9 de julio de 1964, sobre política de empleo o el Convenio nº 181 OIT, de 19 de junio de 1997 –ratificado por España el día 15 de junio de 1999–, que somete la actuación de las agencias de colocación al principio de no discriminación en el acceso al empleo, incluyendo «cualquier forma de discriminación cubierta en la legislación y las prácticas nacionales (...)» (art. 5.1).

⁵ Ratificado por España el día 11 de septiembre de 1985.

⁶ Sustituye a la Recomendación nº 123 de 1965.

res y trabajadoras con responsabilidades familiares.

Por su parte, el Convenio n° 102 OIT⁷, establece el nivel mínimo de Seguridad Social y se refiere a las pensiones más características de los sistemas de protección social actuales. Sin embargo, ignora completamente el principio de igualdad y su relación con el ejercicio de los derechos de conciliación⁸.

Finalmente, el Convenio n° 175 OIT⁹ y su correlativa Recomendación n° 182, promueven el trabajo a tiempo parcial como medio para fomentar el empleo y resaltan la equivalencia respecto de las condiciones de trabajo con los trabajadores a tiempo completo¹⁰. La Recomendación incide en la rebaja de los requisitos para acceder a las prestaciones sociales, pero el Convenio reconoce la posibilidad de que los Estados establezcan excepciones¹¹.

En este contexto, puede afirmarse que la normativa sobre tiempo de trabajo se ha articulado al margen de la conciliación. Respecto del trabajo a tiempo parcial, sus repercusiones sobre la protección social incrementan la separación de roles y entorpecen las posibili-

dades reales de la plena incorporación de la mujer al mercado de trabajo¹².

2. LA «FLEXISEGURIDAD» EN LA POLÍTICA EUROPEA DE EMPLEO

Desde Tratado de Ámsterdam¹³, la dimensión social de las normas europeas se refuerza y con ellas, las relativas a la política de empleo¹⁴. Con anterioridad, en diferentes Consejos Europeos, se abordó la materia del empleo en aras de favorecer su crecimiento como manifestación de la estabilidad y el crecimiento europeo¹⁵. Los Estados miembros se comprometieron a presentar Directrices para el empleo que habrían de ser incorporadas a los planes nacionales de empleo¹⁶ y se reite-

¹² CABEZA PEREIRO, J., «Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres», en AA. VV., *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 93.

¹³ Acordado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997.

¹⁴ La «política de empleo» adquirió especial relevancia en este Tratado que heredó la denominación del informe «Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI», también conocido como «Libro Blanco», elaborado por Jaques Delors, en aquel momento presidente de la Comisión Europea. Presentado en diciembre de 1993, COM (93) 700. Este documento se refería a las reformas del mercado de trabajo y a los programas de inversión en política social.

¹⁵ En el Consejo Europeo de Essen se fijó una estrategia común de empleo basada en medidas para favorecer el acceso al mercado de trabajo de los colectivos más desfavorecidos (Consejo Europeo de Essen de 9 y 10 de diciembre de 1994, «Conclusiones de la Presidencia»). El «proceso de Essen» fue desarrollado en los Consejos Europeos de Madrid (1995), Cannes y Florencia (1996), donde la Comisión presentó el informe «Acción para el empleo en Europa: un pacto de confianza» (Consejo Europeo de Florencia, 21 y 22 de junio de 1996. «Conclusiones de la presidencia»). A finales del mismo año, en Dublín, se presentó la «Declaración de Dublín» o «Pacto de estabilidad y crecimiento», también sobre el empleo (Consejo Europeo de Dublín, de 13 y 14 de diciembre de 1996. «Conclusiones de la presidencia. Anexos», en concreto, el «Anexo II: El desafío del empleo: Declaración de Dublín sobre el empleo»).

¹⁶ Destacan la adopción de medidas que contribuyeran a reducir la desigualdad en las tasas de empleo entre mujeres y hombres (Directriz 16), a conciliar la vida laboral y familiar (Directriz 17), y a facilitar la reincorporación al mercado de trabajo (Directriz 18). Decisión del Consejo relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2001, [COM (2000) 548 final].

⁷ Aprobado el 28 de junio de 1952.

⁸ Su art. 1 define conceptos básicos a los que se refiere en su articulado como «viuda» o «la cónyuge» designa la cónyuge que está a cargo de su marido», de tal forma que la descripción desde un punto de vista neutro o a la inversa no se contempla. Crítica con esto, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., «Igualdad y Sistemas de Seguridad Social: Efectos de la incorporación de las mujeres al trabajo», RMTAS, n° extraordinario, 2007, pp. 96-97.

⁹ De fecha 24 de junio de 1994; en vigor, el 28 de febrero de 1998.

¹⁰ CABEZA PEREIRO, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 39-41. La norma se refiere al salario y los regímenes de seguridad social (arts. 5 y 6); en concreto, acceso a la maternidad, el desempleo, las vacaciones y las prestaciones por incapacidad (arts. 6 y 7).

¹¹ En España, al no haber sido ratificado, conlleva consecuencias de desprotección respecto de las reducciones de jornada para el cuidado de familiares, que no están incluidas en el ámbito del trabajo a tiempo parcial, vide ROMERO RÓDENAS, M^a. J., «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas», REDT, n° 171/2014, BIB 2014/4507, p. 2.

ró la importancia de fomentar la igualdad de oportunidades, lo que se renovó en la Cumbre de Lisboa de 2000¹⁷.

La «estrategia de Lisboa» planteó como objetivo «crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social»¹⁸. El nuevo concepto del Espacio Europeo de Empleo se plasmó en el Tratado de Lisboa¹⁹ que dedica el Título IX a la denominada «Europa Social», en la que el empleo goza de un papel principal, al igual que en el Tratado Fundacional de la Unión Europea²⁰. Además, la Comisión, en la «Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social»²¹, se refirió a la inclusión de las mujeres en el mercado laboral como una actuación prioritaria de la Unión Europea y creó el Instituto Europeo de la Igualdad de Género²².

En atención al objetivo de incrementar la adaptabilidad de las empresas a las necesidades personales de los trabajadores, el Libro Verde²³ consolidó el «Método Abierto de Coor-

dinación» (MAC)²⁴. También, el Consejo de Bruselas²⁵ incidió en la conciliación de la vida laboral y privada, en el marco de la flexiseguridad como instrumento de creación de empleo respecto de trabajadores con problemas de integración laboral²⁶. Ahora bien, al potenciar estos modelos de trabajo flexible –en especial el trabajo a tiempo parcial– se ha prescindido de modular las consecuencias respecto del género²⁷.

Constatado el fracaso de los objetivos de la Estrategia de Lisboa²⁸, la Cumbre de Bruselas incide en que las perspectivas financieras para el período 2007-2013 implican que los Estados desarrollen modelos innovadores de organización del trabajo, teniendo en cuenta los cambios demográficos²⁹.

En el año 2010 se adopta la vigente estrategia europea de empleo, «Europa 2020»³⁰.

²⁴ CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M^a. A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, MTI, Madrid, 2010, p. 30.

²⁵ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas (8 y 9 de marzo de 2007).

²⁶ En la misma línea, Comunicación de la Comisión «Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», de 27 de junio de 2007, COM (2007) 359 final. Sobre la «flexiguridad», RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Flexiseguridad: el debate europeo en curso», en AA. VV., *Aportaciones al debate comunitario sobre «flexiseguridad»*, Madrid, La Ley, 2007, pp. 3-27.

²⁷ Sobre el riesgo de intensificación de la marginalización del trabajo femenino y el endurecimiento de la discriminación, llama la atención el Cuarto Programa de Acción Comunitario para la Igualdad de oportunidades entre Hombres y Mujeres (1996-2000), aprobado por Decisión del Consejo Europeo 95/593. En la doctrina, BALLESTER PASTOR, M^a. A., «Conciliación y corresponsabilidad en la UE», en AA. VV., *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 22.

²⁸ Esos objetivos fueron revisados y así se plasmó en el informe «Hacer frente al desafío. La Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo», de noviembre de 2004. Elaborado por un grupo de expertos presididos por WinKok.

²⁹ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas (22 y 23 de marzo de 2005). En la misma línea, la Comisión en su comunicación «Un compromiso compartido en favor del empleo», COM (2009) 257 final. Bruselas 3.6.2009.

³⁰ Comunicación de la Comisión «Europa 2020. Una estrategia para el crecimiento inteligente, sostenible e integrador», de 3 de marzo de 2010, COM (2010) 2020.

¹⁷ Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000.

¹⁸ Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000. «Conclusiones de la presidencia», en el apartado I «Empleo, reforma económica y cohesión social».

¹⁹ Tratado de 13 de diciembre de 2007, ratificado el 26 de septiembre de 2008. En vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

²⁰ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE de 30 de marzo de 2010. En adelante «TFUE». Se establece que «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta (entre otras) las exigencias relacionadas con un nivel de empleo elevado» (art. 9, también llamada «cláusula social»). También incide en coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembro (arts. 145-150). MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.^a, «La coordinación de las políticas de empleo a la luz del Tratado de Lisboa», RMTI, n^o 92, 2011, pp. 337-346.

²¹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social (2009) SEC (2009) 141. COM (2009) 58 final.

²² Reglamento (CE) n^o 1922/2006, de 20 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del consejo, de 20 de diciembre de 2006.

²³ Libro Verde «Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI», Bruselas, 22.11.2006. COM (2006) 708 final.

Su prioridad es el «crecimiento integrador», en la que se engloba el fomento del acceso al empleo para la población envejecida y la igualdad entre los sexos, con el fin de incrementar la participación de la población laboral. Estas premisas vienen acompañadas de «iniciativas emblemáticas»³¹, pero se presta una mayor atención a la «flexiseguridad» para garantizar una mayor adaptabilidad de los trabajadores ante las circunstancias cambiantes del mercado laboral³². No obstante, el Comité Económico y Social Europeo critica su carácter demasiado general y ambiguo, hasta el punto de resultar inefectivos contra el elevado desempleo y las desigualdades sociales³³. Asimismo, el concepto de flexiseguridad, según este Comité, debería incluir referencias a la calidad del empleo³⁴.

De esta configuración de la Estrategia Europea de Empleo se pueden deducir cuatro ejes de la flexiseguridad que sintetizan los aspectos de actuación en los que debe asentarse la nueva economía europea: ajustes contractuales, políticas activas del mercado de trabajo, mecanismos de formación continua y modernización del sistema de seguridad social³⁵.

³¹ Destacan «Una agenda para nuevas cualificaciones y empleo» y otra denominada «Plataforma europea contra la pobreza». Inciden en que todos los adultos puedan acceder a una nueva formación o conseguir un nivel superior de cualificación, superando los estereotipos de género, con posibilidades de una «segunda oportunidad».

³² CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M^a. A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, op. cit., p. 39.

³³ Dictamen sobre la «Propuesta de decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros –parte II de las Directrices Integradas Europa 2020» en «Conclusiones de la Presidencia (Consejo europeo de Bruselas, 19 y 20 de marzo de 2009)», Bruselas 20 de marzo de 2009 (OR.en). 7880/09. CONCL 1. Entre tanto, el proceso se desarrolla, entre otras acciones, con «Agenda de política social (2006-2010)» [COM (2005) 33 final]. Comunicación de la Comisión. «Sobre la Agenda Social Renovada», Dictamen conjunto de los Comités de Protección Social y de Empleo. Bruselas, 28 de noviembre de 2008, 16495/08, SOC 738, ECOFIN 583, EDUC 279; SAN 301, MIGR 123, MI 501.

³⁴ En el mismo sentido, Resolución del Parlamento Europeo de 16 de junio de 2010 sobre la Estrategia UE 2020 (PE 441.929).

³⁵ MORENO VIDA, M^a. N., «El debate sobre la flexiguridad en Europa», XX Congreso nacional de la Asociación española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Logroño, 2009.

Se produce un desplazamiento del centro de gravedad del sistema de regulación hacia las relaciones de empleo, en el sentido de instrumentalizar la producción jurídico-laboral al servicio de las «políticas de empleo»³⁶.

Finalmente, el Parlamento ha observado tímidas expectativas de crecimiento y creación de empleo, pero insiste en que deben adoptarse cambios estructurales, con especial atención a los sectores más vulnerables³⁷.

3. LA IGUALDAD EN EL EMPLEO Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

El art. 157.3 TFUE se refiere a la adopción de medidas a nivel europeo destinadas a garantizar la igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación³⁸, lo que se relaciona directamente con la igualdad por razón de sexo, así como, con las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Esta regulación evolucionó desde el reconocimiento de la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, del Tratado de Roma³⁹, concepto sobre el que viene insistiendo hasta la actualidad la Comisión Europea⁴⁰,

³⁶ BAYLOS GRAU, A., «Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo», RDS, n^o 1, 1998, p. 23.

³⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2014, sobre «los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika» P7_TA-PROV (2014)0240. En concreto se refiere a que se adopten medidas específicas destinadas a mujeres y trabajadores de mayor edad para que se mitiguen las dificultades adicionales a las que se enfrentarán estos trabajadores cuando la economía se recupere.

³⁸ También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), arts. 20 y 21.

³⁹ Su finalidad era meramente económica, sólo se concibió como una necesidad para luchar contra el «dumping social», vide NOGUEIRA GUSTAVINO, M. «La progresiva política social de la Unión Europea», en AA. VV., *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 29 y ss.

⁴⁰ Commission Recommendation on pay transparency and the gender pay, Bruselas, 7 de marzo de 2014. En este informe se pone de manifiesto que la diferencia salarial entre sexos es del 16% –en España el 18%, como consecuencia de la denominada «discriminación ocupacional» o «techo de cristal».

hacia el derecho de igualdad en el empleo. Un primer paso se produjo con la aprobación de la Directiva 75/177/CEE⁴¹. En aplicación de esa norma, el Tribunal de Justicia declaró contrarios al Derecho comunitario los criterios normativos aparentemente neutros, que perjudican especialmente a un grupo de individuos por su pertenencia al mismo, sin justificación objetiva. Sobre la discriminación sexista indirecta en el trabajo a tiempo parcial fue pionero el asunto «Jenkins»⁴².

La Directiva 76/207/CEE⁴³ prohibió la discriminación laboral entre hombres y mujeres. Se consideró la «Directiva Marco» en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral y fue el germen de medidas colectivas en el mismo sentido⁴⁴. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hizo una interpretación ex-

tensiva del principio de igualdad con base en este texto⁴⁵.

Con posterioridad, la Directiva 2002/73/CE⁴⁶ incorporó la doctrina jurisprudencial europea y definió los conceptos de discriminación directa e indirecta. Sobre éste último, la norma utiliza un criterio amplio que pretende abarcar todo trato susceptible de producir un efecto adverso por razón del sexo de la persona trabajadora⁴⁷.

Finalmente, la Directiva 2006/54/CE⁴⁸, en sus consideraciones preliminares, se refiere al principio de igualdad entre hombres y mujeres como fundamental en el Derecho europeo. Incide en la igualdad de retribución, en la que se incluyen todas las prestaciones o indemnizaciones con cargo a la propia empresa⁴⁹ y los «régimenes profesionales de seguridad social»⁵⁰.

La Comisión considera que ésta es un área fundamental que debe corregirse para conseguir la verdadera igualdad, como ya puso de manifiesto en la «Strategy for equality between women and men 2010-2015», COM (2010) 491 final, SEC (2010) 1079 and SEC (2010) 1080.

⁴¹ Directiva 75/177/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembro que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos.

⁴² STJUE de 31 de marzo de 1981, C-96/80, asunto «Jenkins». También resulta relevante la STJUE de 17 de octubre de 1989, en el asunto C-109/88, «Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening», en nombre de Danfoss, el Tribunal establece que «por lo que respecta al criterio de la formación profesional, es posible que pueda redundar en perjuicio de los trabajadores femeninos, en la medida en que éstos hayan tenido menos posibilidades de adquirir una formación profesional tan avanzada como los trabajadores masculinos o hayan utilizado estas posibilidades en menor medida» pero «el empresario puede justificar la retribución de una formación profesional especial, demostrando que ésta reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador», es decir, únicamente si realmente esa diferencia formativa redundaría en una diferencia en el trabajo.

⁴³ Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. DO L 14 de febrero de 1976, nº 39.

⁴⁴ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Maternidad y conciliación en el Derecho Comunitario», en AA. VV., *Derecho social europeo*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 241 y ss.

⁴⁵ Por todas, STJUE de 11 de noviembre de 1997, C-409/95, asunto «Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen», que establece que una normativa nacional que recoge una «cláusula de apertura a favor de la mujer» no contradice el principio de igualdad comunitario si se garantiza la posibilidad de acceso al varón y se le valora objetivamente de la misma manera que a la mujer. Resulta también de mucho interés el pronunciamiento de STJUE, 17 de octubre de 1995, C-450/93, asunto «Kalanke» por su confrontación con esta doctrina y posterior Comunicación interpretativa de la Comisión, de 27 de marzo de 1996, que afirma la legitimidad de las medidas de acción positiva.

⁴⁶ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. DO L269/15.

⁴⁷ Por ejemplo: STJUE de 13 de julio de 1989, C-171/88, asunto «Rinner-Kühn» y STJUE de 30 de noviembre de 1993, C-189/91, asunto «Kirsammer-Hack».

⁴⁸ Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DO L204/23. Efectivamente esta Directiva aglutinó otras entre las que destacan las Directivas 76/207/CEE, la 75/117/CEE, y sus respectivas versiones modificadas, dentro de las que se encuentra la Directiva 2002/73/CE.

⁴⁹ Hace una referencia expresa a la STJUE de 17 de mayo de 1990, asunto C-262/88, «Barber/Guardian Royal Exchange AssuranceGroup».

⁵⁰ En este sentido es significativa la STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, asunto «Isabel Elbal Moreno/ INSS y TGSS». Se produce una clara discriminación indi-

Además define «acción positiva» con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral⁵¹. En todo caso, debe interpretarse de manera restrictiva, buscado una finalidad legítima y el respeto al principio de proporcionalidad, como exige el TJUE «que no se traspasen los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo que se persigue con la excepción»⁵².

En la Unión Europea se elaboraron otros instrumentos no vinculantes que han constituido un referente en el principio de igualdad entre hombres y mujeres. En este sentido destacan los cinco programas sucesivos sobre la «promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer»⁵³ y las Recomendaciones del

Consejo 84/635/CEE⁵⁴ y 92/241/CEE⁵⁵. Cabe hacer mención especial a la «Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores», de 9 de diciembre de 1989⁵⁶.

Esta regulación sobre la igualdad por razón de sexo en el empleo se completa incidiendo en aspectos más específicos, como la Directiva 79/7/CEE⁵⁷, sobre la materia de seguridad social⁵⁸ y el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, recogido por la Directiva 97/81/CE⁵⁹.

Desde hace años la doctrina y el TJUE han llamado la atención sobre las repercusiones del trabajo a tiempo parcial en las prestaciones de los sistemas públicos de protección social y en la discriminación indirecta por razón de sexo en el empleo⁶⁰, lo que tiene efectos so-

recta por la normativa española sobre los trabajadores a tiempo parcial dado que son un porcentaje muy elevado de mujeres y esto influye peyorativamente sobre las carreras de cotización de las pensiones contributivas. En la misma situación, de trabajadores a tiempo parcial –siendo la mayoría trabajadoras mujeres– y su repercusión en la remuneración, STJUE de 13 de julio de 1989, C-171/88, Asunto «Ingrid Rinner-Kühn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG.» y sobre despido, STJUE de 30 de noviembre de 1993, C-189/91, asunto «Petra Kirsammer-Hack contra Nurhan Sidal».

⁵¹ Sobre el concepto de acción positiva STJUE de 25 de octubre de 1988, C-312-86, asunto «Comisión contra Francia». En el mismo sentido NIELSEN, R., *European Labour Law*, Ed. DJØF Publishing, Copenhagen, 2000, pp. 236-238, que analiza el asunto Abrahamsson (C-407/98), en el que el Tribunal de Justicia confirma la legitimidad de las acciones positivas en el ámbito de las administraciones públicas.

⁵² STJUE de 15 de mayo de 1986, asunto C-222/84, asunto «Johnston». Por todas, cabe citar la STJUE de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95, «Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen».

⁵³ Programa de acción de la Comunidad sobre la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer (1982-1985) (I Programa); Programa a medio plazo «Igualdad de oportunidades para las mujeres (1986-1990)» (II Programa); Programa de acción a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1991-1995) (III Programa); el Programa de acción comunitario a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000) (IV Programa); y el Programa de acción comunitario para la igualdad de oportunidades (2001-2006).

⁵⁴ Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la protección de acciones positivas a favor de la mujer.

⁵⁵ Recomendación 92/241/CEE, de 31 de diciembre de 1992, sobre el cuidado de hijos y la necesidad de que los Estados miembros incorporen progresivamente iniciativas que permitan a las mujeres y a los hombres conciliar sus responsabilidades familiares y laborales.

⁵⁶ Un estudio detallado, *vide* DE LA VILLA GIL, L. E., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», RMTAS, nº 32, 2001, pp. 13-34.

⁵⁷ Directiva 79/7/CEE, del Consejo de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. DO L de 10 de enero de 1979. También, sobre el mismo ámbito, Directiva 86/378/CEE, del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. DO L 225, de 12 de agosto de 1986.

⁵⁸ Esta norma se completa con otras más específicas como la Directiva 2010/41/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, relativa al principio de igualdad entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma y que deroga la Directiva 86/813/CEE del Consejo. DO L 180/1, de 15 de julio de 2010.

⁵⁹ Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. (DOCE, 20 de enero de 1998).

⁶⁰ Por todos, CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, Granada, 1999. En la jurisprudencia de la Unión Europea, por

bre la conciliación. La Directiva 2010/18/UE⁶¹ en la Cláusula 1.3 incluye expresamente en su ámbito de aplicación las relaciones a tiempo parcial, temporales o a través de empresas de trabajo temporal. No obstante, excluye de su ámbito de protección las reducciones de jornada, en el caso de que se trate de un trabajo a tiempo parcial, al igual que el cómputo de la antigüedad necesaria que pueden establecer los Estados miembros para poder disfrutar del permiso parental⁶². Es más, la Cláusula 5.5 determina la competencia de los Estados miembro respecto de «los derechos a las prestaciones de Seguridad Social». Tampoco resulta concreta cuando reconoce al trabajador reincorporado, tras el disfrute de un permiso parental, la posibilidad de pedir cambios en sus horarios (Cláusula 6ª). Todo esto causa una gran desprotección jurídica sobre las personas que ejercen sus derechos de conciliación acogiéndose, por ejemplo, al trabajo a tiempo parcial, siendo mayoritariamente mujeres las que se encuentran en esta situación.

4. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: LAS LAGUNAS DE COTIZACIÓN DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

El TJUE se ha ocupado en múltiples ocasiones de la interpretación normativa del principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, sobre todo en relación con asuntos referidos a la discriminación indirecta. La reserva de competencias de los Estados miembro en política social ha supuesto un freno para el Tribunal

todas, STJUE de 17 de junio de 1998, C-243/95, asunto «Hill», sobre discriminación indirecta en materia de retribución.

⁶¹ Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, «por la que se aprueba el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por Business Europe, la Ueapme, el CEEP y la CES y se deroga la Directiva 96/34/CE», DO L 68/13, de 18 de marzo de 2010.

⁶² CABEZA PEREIRO, J., «¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?», AS nº 6/2010, parte Estudio. BIB 2010\1242, p. 12.

que ha justificado en la aplicación de esas normas el efecto adverso por razón de sexo⁶³, salvo contadas excepciones⁶⁴. Esta postura restrictiva de la jurisprudencia europea se refuerza respecto del trabajo a tiempo parcial, en particular, cuando se trata de prestaciones de Seguridad Social pública cuya contingencia acontece o deriva de esa modalidad contractual⁶⁵. Si bien, existen pronunciamientos en los que el Tribunal no ha estimado la justificación del trato peyorativo en base a los criterios objetivos alegados⁶⁶.

Puede afirmarse, ya desde ahora, que la jurisprudencia europea suele manifestarse conforme con las normas nacionales de Seguridad Social, aun cuando produzcan un impacto negativo sobre un determinado grupo de trabajadores por razón de su sexo. Es decir, impera la capacidad exclusiva de legislar de los Estados miembros en esta materia, a la vez que el

⁶³ STJUE de 11 de julio de 1987, C-30/85, asunto «Teiling», sobre las diferencias en la prestación de invalidez; STJUE de 8 de febrero de 1996, C-8/94, asunto «Laperre», justificó el endurecimiento de requisitos para las mujeres en el acceso a la prestación de desempleo.

⁶⁴ STJUE de 20 de octubre de 2011, C-123/10, asunto «Brachner» que considera discriminatoria una disposición nacional que implique excluir de un incremento de la pensión a un mayor porcentaje de mujeres que de hombres.

⁶⁵ Son significativas STJUE de 14 de diciembre de 1995, C-317/93, asunto «Nolte», sobre la exclusión del derecho de acceso a una pensión de invalidez para trabajadores que no alcancen el 15% de la jornada laboral; también, STJUE de 13 de diciembre de 1994, C-297/93, asunto «Grau-Hupka», y STJUE de 16 de julio de 2009, C-537/07, asunto «Gómez Limón», en ambos casos los permisos parentales a tiempo parcial perjudican las prestaciones de jubilación parcial y de incapacidad permanente, respectivamente, que con posterioridad se solicitaron por las trabajadoras.

⁶⁶ STJUE de 13 de diciembre de 1989, C-102/88, asunto «Ruzius Wilbrink», considera discriminatoria, por afectar más a mujeres que a hombres, la norma nacional que excluía a los trabajadores a tiempo parcial de acceso a una prestación para personas incapacitadas, en función de la cuantía de ingresos anteriores. STJUE de 10 de junio de 2010, C-395/08 y C-396/08, asunto «Bruno y Pettini», en el mismo sentido que STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, asunto «Elbal Moreno», considerando que existe discriminación indirecta por razón de sexo en el caso de que el método para calcular la carencia necesaria para acceder a una prestación resulte imposible de cumplir por los trabajadores a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres.

juiz europeo parece temer a las consecuencias económicas que podrían derivarse de pronunciamientos en otro sentido⁶⁷.

4.1. Planteamiento

Recientemente TJUE, reunido en Pleno, ha entrado a conocer del carácter eventualmente discriminatorio por razón de sexo que puede conllevar el método de cálculo de una determinada pensión, con respecto a los trabajadores a tiempo parcial que hayan interrumpido su carrera de cotización en el período inmediatamente anterior a la solicitud⁶⁸.

El asunto que se resuelve trae causa de un procedimiento prejudicial planteado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En concreto, sucede que la Sra. Cachaldora Fernández cotizó a la Seguridad Social española aproximadamente 39 años, durante los que siempre trabajó a tiempo completo, salvo 3 años y 3 meses, que lo hizo a tiempo parcial. Inmediatamente después de ese periodo, no abona cotización alguna hasta que el 21 de abril de 2010 solicitó una pensión de incapacidad permanente. El INSS se la concedió, pero sobre una base reguladora reducida –en un 55%–, ya que las lagunas de cotización se integraron con la base mínima resultante de la aplicación del coeficiente de parcialidad. La Sra. Cachaldora presenta una reclamación por estar disconforme con el método de cálculo de su pensión, al ser ésta sensiblemente inferior a la que le correspondería si se computase íntegra la base mínima de cotización – se conceden 347,03 euros, frente a 763,76 euros–.

El INSS desestimó la reclamación porque explica que el cálculo de la cuantía se realizó tomando en cuenta «el cociente que resultó de

dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses anteriores al mes previo al hecho causante» (art. 140. 1 LGSS). Es decir, el periodo comprendido entre marzo de 2002 y febrero de 2010. No obstante, para los años que trabajó a tiempo parcial –entre marzo de 2002 y noviembre de 2005– se consideraron las bases mínimas reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de las últimas cotizaciones anteriores al mes de marzo de 2002. Esta regla es consecuencia de la normativa española que determina que para los trabajadores a tiempo parcial «(...) la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar» [art. 7, apartado 2, RD 1131/2002⁶⁹ que desarrolla la DA7ª, apartado 1, tercera regla, letra b) LGSS⁷⁰].

La Sra. Cachaldora recurrió la sentencia que confirma la resolución del INSS, ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Éste plantea dos cuestiones prejudiciales al TJUE sobre la adecuación de esa normativa española al Derecho de la Unión Europea.

En primer lugar se cuestiona la existencia de la discriminación indirecta por razón de sexo en relación con la Directiva 79/7/CEE, en concreto respecto del art. 4. El órgano remitente afirma que la repercusión jurídica de ese efecto negativo recae especialmente sobre mujeres, dada la feminización del trabajo a tiempo parcial. Al mismo tiempo, duda

⁶⁹ RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial.

⁷⁰ La DA7ª, apartado 1, tercera regla, letra b) LGSS se refiere al cálculo de base reguladora de las pensiones de jubilación y de incapacidad aplicable a los trabajadores a tiempo parcial. Sobre esta normativa y sus últimas modificaciones *vide* FERNÁNDEZ PROL, F., «Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los períodos carenciales, RDS, nº 64, 2013, pp. 87-108.

⁶⁷ LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 221.

⁶⁸ STJUE de 14 de abril de 2015, C-527/13, asunto «Lourdes Cachaldora Fernandez contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)».

sobre la existencia de una justificación objetiva para esa diferencia legal entre el trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial, aun atendiendo al principio de contributividad que informa el Sistema Público de pensiones. Concluye que no existe ningún criterio de proporcionalidad, desde la perspectiva de la contribución efectuada por la trabajadora afectada porque, según la norma, directamente se tendrá en cuenta el coeficiente de parcialidad correspondiente al contrato inmediatamente anterior a la laguna de cotización, sin establecer ningún método de cálculo específico. Además, afirma taxativamente que «no es posible aplicar válidamente un criterio proporcional desde una perspectiva contributiva» porque efectivamente se trata de un periodo durante el que no existe contributividad de ningún tipo, sino que dependen de las anteriores. El órgano remitente es más contundente aun al asegurar que la Sra. Cachaldora se ha visto perjudicada por trabajar a tiempo parcial, en lugar de permanecer inactiva, puesto que esto no habría repercutido de manera tan negativa en su pensión de incapacidad permanente.

La segunda cuestión que plantea se refiere a la contradicción que las disposiciones nacionales pueden plantear respecto del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, recogido por la Directiva 97/81/CE. En concreto, se pregunta si las condiciones en las cuales se cubren las lagunas de cotización no se oponen a la cláusula 5ª, apartado 1, a) del Acuerdo, que obliga a los Estados a «identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que pudieran limitar las posibilidades del trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos». En atención a la norma española, las condiciones en las que se cubren esos vacíos de cotización respecto de los trabajadores a tiempo parcial perjudican a aquéllos que después de haber trabajado a tiempo completo, acepten a un trabajo a tiempo parcial, frente a los que no lo hagan. Por lo tanto, esto supone un desincentivo importante del trabajo a tiempo parcial, lo que podría constituir un «obstáculo de naturaleza jurídica».

En definitiva, el Tribunal español se pregunta si las disposiciones controvertidas suponen una discriminación indirecta por razón de sexo, en materia de Seguridad Social y, al mismo tiempo, una vulneración de la obligación de los Estados de miembro de eliminar los obstáculos jurídicos que puedan desincentivar el trabajo a tiempo parcial frente al trabajo a tiempo completo, siendo ese tipo de empleo mayoritariamente femenino.

4.2. La discriminación indirecta del método de cálculo de las lagunas de cotización

Respecto de la discriminación indirecta por razón de sexo debida a la posible vulneración de la Directiva 79/7/CEE, como recuerda la sentencia, a falta de una armonización a escala de la Unión Europea, en materia de Seguridad Social los Estados miembro han conservado en gran parte su autonomía. La propia fundamentación jurídica de la Directiva lo reconoce en su preámbulo, de forma genérica y remitiéndose a la Directiva 76/207/CEE, aunque esa no hace referencia expresa a la materia de Seguridad Social⁷¹. En todo caso, los Estados han de respetar el Derecho de la Unión⁷² y el objetivo de esta norma es eliminar los efectos adversos sobre la igualdad por razón de sexo de las distintas legislaciones nacionales⁷³.

La Directiva 79/7/CEE se refiere a la «población activa» y especifica que incluye en ese concepto a los trabajadores por cuenta ajena

⁷¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., «Igualdad y Sistemas de Seguridad Social: Efectos de la incorporación de las mujeres al trabajo», *op. cit.*, pp. 98-99.

⁷² Al respecto, el fallo cita dos STJUE, una de 16 de mayo de 1986, C-372/04, asunto «Watts» y otra de 5 de noviembre de 2014, C-103/13, asunto «Somova», sobre la normativa de distintos Estados en materia de prestaciones y su interpretación respecto del Reglamento (CEE) n^o 1408/71.

⁷³ ALARCÓN CARACUEL, M. R., «El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea», en AA. VV. *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, AA. VV. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 19 y ss.

y propia, aquéllos que han visto interrumpida su actividad laboral por enfermedad, accidente o desempleo, las personas que se encuentren en búsqueda de empleo y a los trabajadores minusválidos (art. 2). Es decir, precisa de forma taxativa el ámbito personal de aplicación⁷⁴, por lo que no cabe su ampliación⁷⁵.

En la misma línea, determina que están incluidas las prestaciones de enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional y desempleo, así como las ayudas sociales destinadas a completarlas (art. 3)⁷⁶. Resulta criticable que la Directiva no contemple dentro de su ámbito precisamente las que tienen que ver con la cuestión de género, como son las prestaciones familiares y las de supervivencia, a las que excluye explícitamente (art. 3.2)⁷⁷. Además de éstas, en el art. 7, admite excepciones respecto del principio de igualdad, de carácter transitorio o temporal que podrán introducir los Estados miembro sobre determinadas prestaciones⁷⁸.

⁷⁴ Esto ha sido criticado por GUERRERO PADRÓN, T., «Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social», *Temas Laborales*, nº 68, 2003, p. 66. La autora afirma que España no ha transpuesto esta Directiva o lo ha hecho incorrectamente (p. 67).

⁷⁵ STJUE de 11 de julio de 1991, C-87/90, C-88/90 y C-89/90, asunto «Verholen». Como excepción, TJUE ha interpretado que se encuentran incluida una trabajadora que cesa de su actividad para cuidar a una persona afectada por un riego enunciado en el art. 3 de la Directiva 79/7/CEE, STJUE de 24 de junio de 198, C-150/86, asunto «Drake».

⁷⁶ STJUE de 11 de julio de 1991, C-31/90, asunto «Johnson». En ese caso se admite la aplicación de la Directiva en el supuesto en el que alguna contingencia prevista en el art. 3 sobrevenga en un período de búsqueda de empleo, aunque no se hubiera trabajado con anterioridad. También STJUE de 16 de julio de 1992, C-63/91 y C-64/91, asuntos acumulados «Jackson» y «Cresswell», en ese caso se trata de una ayuda social con el mismo objetivo que la prestación concedida.

⁷⁷ CARRASCOSA BERMEJO, D., «Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I)» y MIRANDA BOTO, J.M., «Seguridad Social de los trabajadores migrantes (II)», ambos en AA. VV., *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 189 y pp. 217-222.

⁷⁸ Así, respecto de la edad de jubilación podrán establecer edades distintas entre hombres y mujeres, y mantener «las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones», en cualquier caso, la jurisprudencia reiterada del TJUE interpreta esta posibilidad de manera restrictiva; por todas, ST-

JUE, de 22 de octubre de 1998, C-154/96, asunto «Wolfs». También mantiene su facultad de reconocimiento de prestaciones de vejez a quienes hayan cuidado hijos, así como reconocer esta prestación y la de invalidez «en razón de los derechos derivados de la esposa» e incrementar prestaciones por esposa a cargo; por todas, STJUE de 1 de julio de 1993, C-154/92, asunto «Remi Van Cant». Al respecto, sobre las diferencias en la edad de la pensión de jubilación por razón del sexo, *vide*, por todos, GARCÍA MURCIA, J., *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, 2005, p. 696.

Sobre la discriminación directa el Tribunal es rotundo al afirmar que la normativa controvertida se aplica indistintamente a los trabajadores de ambos sexos, de manera que no existe trato discriminatorio.

Más controvertida es la cuestión de la discriminación indirecta a la que se refiere el tribunal nacional español. Como recuerda el TJUE, para que se aprecie este tipo de discriminación, la aplicación de una norma nacional, formulada de modo neutro, en la práctica ha de perjudicar de forma exponencial a un mayor número de mujeres que hombres —lo que ejemplifica con referencias al asunto «Elbal Moreno» y el asunto «Brachner»⁸⁰—.

JUE, de 22 de octubre de 1998, C-154/96, asunto «Wolfs». También mantiene su facultad de reconocimiento de prestaciones de vejez a quienes hayan cuidado hijos, así como reconocer esta prestación y la de invalidez «en razón de los derechos derivados de la esposa» e incrementar prestaciones por esposa a cargo; por todas, STJUE de 1 de julio de 1993, C-154/92, asunto «Remi Van Cant». Al respecto, sobre las diferencias en la edad de la pensión de jubilación por razón del sexo, *vide*, por todos, GARCÍA MURCIA, J., *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, 2005, p. 696.

⁷⁹ Así lo destaca GUERRERO PADRÓN, T., «Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social», *op. cit.*, p. 65. Por todos, STJUE de 13 de diciembre de 1989, C-102/88, asunto «Ruzius-Wilbrink».

⁸⁰ Ambas sentencias ya citadas, respectivamente, STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, asunto «Isabel Elbal Moreno/INSS y TGSS» y STJUE de 20 de octubre de 2011, C-123/10, asunto «Brachner».

En este sentido, como señala la jurisprudencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional remitente examinar y valorar la prueba estadística para apreciar la discriminación indirecta, teniendo en cuenta que los datos reflejados han de ser representativos de la situación que se discute⁸¹.

Pues bien, el Tribunal critica que el órgano jurisdiccional nacional parte de la doble premisa de que la norma controvertida afecta al colectivo feminizado de trabajadores a tiempo parcial. Según el Tribunal ambas afirmaciones son erróneas porque la norma objeto de discusión «no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial», sino únicamente a los que hayan interrumpido su carrera de cotización en los ocho años inmediatamente anteriores al hecho causante. En consecuencia los datos estadísticos generales sobre trabajadores a tiempo parcial no son pertinentes para demostrar que la disposición afecta a más mujeres que a hombres.

Esta interpretación del Tribunal se aparta sustancialmente de la emitida en sus conclusiones por el Abogado General⁸², que con base en los datos estadísticos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística y en el asunto «Elbal Moreno» –según refleja expre-

samente la Sentencia⁸³–, afirma que la norma controvertida «puede perjudicar de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (ya que existe) un porcentaje considerablemente mayor de trabajadores que puede efectivamente verse perjudicado por la aplicación del mecanismo corrector en cuestión»⁸⁴. En contra se posiciona el Gobierno español que niega la discriminación indirecta aduciendo cifras respecto de las cuales se demuestra que la norma objeto de debate se aplica a un número ligeramente superior de hombres que de mujeres⁸⁵. No obstante, según consolidada jurisprudencia⁸⁶ que recuerda el propio Abogado General, no basta con apreciar el dato relativo de los trabajadores afectados por la norma concreta, sino que habrá de valorar las respectivas proporciones de quiénes ocupan el trabajo a tiempo parcial y, en este caso, el colectivo de mujeres es mucho mayor⁸⁷.

Pero el TJUE va más allá en sus argumentaciones para negar que la norma nacional produzca una discriminación indirecta por razón de sexo. Sostiene que, si bien respecto de la Sra. Cachaldora la disposición objeto de

⁸³ Destaca que el 80% de trabajadores a tiempo parcial son mujeres. Apartado 31, STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, asunto «Isabel Elbal Moreno/INSS y TGSS».

⁸⁴ Afirma que «el colectivo de trabajadores a tiempo parcial estaba compuesto por más de un 80% de mujeres en el momento del hecho causante de que se trata en el litigio principal. Si bien en el año 2013 parece que se produjo una considerable entrada de trabajadores masculinos en ese colectivo», no obstante, el colectivo de trabajadoras seguía situándose en un 73%. (nº 59, 60, 61, 62 conclusiones del Abogado General, presentadas el 9 de octubre de 2014, C-527/13, *op. cit.*)

⁸⁵ Según el Gobierno español, en 2010, 5657 hombres, frente a 5237 mujeres; en 2011, 5566 hombres y 5129 mujeres; en 2012, 5568 hombres y 4830 mujeres y, finalmente, en 2013, 5935 hombres y 5066 mujeres» (nº 64 conclusiones del Abogado General, presentadas el 9 de octubre de 2014, C-527/13, *op. cit.*)

⁸⁶ STJUE de 9 de febrero de 1999, C-167-97, asunto «Seymour-Smith y Pérez», afirma que «no basta con considerar el número de personas afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y de trabajadores femeninos en dicho Estado miembro».

⁸⁷ Nº 64 conclusiones del Abogado General, presentadas el 9 de octubre de 2014, C-527/13, *op. cit.*

⁸¹ STJUE de 9 de febrero de 1999, C-167-97, asunto «Seymour-Smith y Pérez», establece que «pertinencia estadística», según la cual las estadísticas deben constituir parámetros de comparación apropiados y el órgano jurisdiccional nacional debe velar por que dichas estadísticas no queden desnaturalizadas por aspectos específicos del caso concreto. La existencia de estadísticas significativas basta para demostrar una repercusión desproporcionada y para que la carga de probar una justificación recaiga sobre el autor de la medida presuntamente discriminatoria». También es relevante esta cuestión en la STJUE de 23 de octubre de 2003, C-4/02 y 5/02, asuntos acumulados «Schönheit-Becker»; sobre este pronunciamiento, GUERRERO PADRÓN, T., «Discriminación indirecta por razón de sexo y cálculo de pensión de funcionarios a tiempo parcial», Actualidad Jurídica Aranzadi; nº 617; Comentario; BIB 2004/234.

⁸² Conclusiones del Abogado General, presentadas el 9 de octubre de 2014, C-527/13, asunto «Lourdes Cachaldora Fernández contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

debate la perjudicó, ésta podría resultar beneficiosa para trabajadores a tiempo parcial cuando el último contrato que precede a un período de inactividad es a tiempo completo. Afirma que si en esos casos se solicitase una pensión como la controvertida, percibirán «un importe superior a las cotizaciones efectivamente abonadas».

De nuevo, el Abogado General no comparte este razonamiento ya que explica que las disposiciones controvertidas dependen, para su aplicación, de la naturaleza del último contrato que precede la interrupción de las cotizaciones y, en el caso de que se trate de un contrato a tiempo completo, quedarían excluidas las reglas especiales previstas en la disposición controvertida. En esta línea, se reitera en que la DA 7^a, apartado 1, tercera regla, b), LGSS, da lugar a una desventaja para los trabajadores a tiempo parcial que hayan interrumpido el abono de sus cotizaciones a la Seguridad Social en un momento inmediatamente anterior a la solicitud de una prestación como la que se trata en este asunto. Es decir, ese método de cálculo introduce una discriminación en detrimento de las mujeres, como colectivo mayoritario de trabajadores a tiempo parcial.

Por lo tanto, según el Abogado General, la norma en cuestión debería ser declarada contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CE, a menos que esté justificada con por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo⁸⁸. En este sentido, el Gobierno español sostiene que la normativa pretende garantizar el sistema público de pensiones justo, equilibrado y solidario asegurando la sostenibilidad y el equilibrio financiero del régimen de la Seguridad Social, según el art. 41 de la Constitución española. Se basa en el principio de contributividad, de manera que la protección ofrecida por ese sistema nunca

puede superar la contribución previamente aportada al mismo, así pues, la pensión será proporcional al abono de las cotizaciones inmediatamente posteriores al trabajo a tiempo parcial, que son proporcionalmente inferiores. Pero el Abogado General considera que por esos mismos motivos, no está justificada la diferencia, pues este método de cálculo perjudica desproporcionadamente a la trabajadora, con respecto a las cotizaciones abonadas por la interesada a lo largo de toda su carrera profesional⁸⁹.

En definitiva, mientras que el Abogado General sí estimó que la norma nacional era contraria al art. 4.1 Directiva 7/79/CEE, el TJUE no aprecia discriminación indirecta por razón de sexo, siendo éste el criterio con relevancia jurídica definitiva, obviamente.

4.3. Los «obstáculos» jurídicos de los trabajadores a tiempo parcial

En la segunda cuestión prejudicial el Tribunal nacional se pregunta si el método de cálculo que establece la normativa del Estado miembro es contraria a la cláusula 5, apartado 1, a), del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, dada la reducción en las bases mínimas de las lagunas de cotizaciones que, sin embargo, no se produce respecto de los trabajadores a tiempo completo.

El Acuerdo Marco, en el Preámbulo y en la Cláusula 1, establece que los objetivos principales que persigue son, por un lado, eliminar la discriminación en las condiciones laborales del trabajador a tiempo parcial, y promover la voluntariedad y elección del trabajo a tiempo parcial⁹⁰. Son pretensiones difíciles de conjugar y el propio texto señala que se trata de un

⁸⁸ STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, asunto «Isabel Elbal Moreno/INSS y TGSS», señala que bastaría «cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro cuya legislación se cuestiona, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin».

⁸⁹ La Sra. Cachaldora ha trabajado a tiempo parcial 3 años y 10 meses, lo que representa una parte mínima de la carrera profesional que prosiguió durante aproximadamente 39 años.

⁹⁰ CARACCIOLLO DI TORELLA, E. y MASSELOT, A., *Reconciling Work and Family Life in EU Law and Policy*, op. cit. pp. 118 y ss.

«Acuerdo sobre política social», aunque resulta bastante «decepcionante» en ese aspecto⁹¹.

Como destaca la Sentencia, la discrecionalidad de los Estados miembro en materia de trabajo a tiempo parcial es muy importante, tanto que en el Preámbulo el Acuerdo reconoce que las «decisiones relativas a los regímenes legales de seguridad social, son competencia de los Estados miembros». En la misma línea ofrece una definición de «trabajador a tiempo parcial» en la que se aprecian notables excepciones, que dependerán de las legislaciones nacionales que de esta forma pueden excluir de su protección precisamente a los trabajadores más vulnerables⁹².

En concreto, respecto al principio de no discriminación, la Cláusula 4, apartado 1, establece que «las condiciones de empleo» no podrán ser menos favorables que las de los trabajadores a tiempo completo comparables, salvo que exista una justificación objetiva para ello. En ese sentido, con un matiz poco incisivo, la Cláusula siguiente insta a los Estados miembro a «identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa» que puedan dificultar esa igualdad y, en su caso, eliminarlos.

Ambas Cláusulas se complementan y tienen por objeto las «condiciones de empleo», como remarca el Abogado General en sus Conclusiones, a las que se remite la Sentencia. Efectivamente, según la jurisprudencia

consolidada del TJUE⁹³ están excluidas de su ámbito de aplicación las pensiones legales de seguridad social, tal y como ocurre con la pensión de incapacidad objeto del litigio, por estar incluida en el régimen legal de protección español. La Sentencia al interpretar la expresión «obstáculos de naturaleza jurídica» de la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco, insiste en éste parecer, considerando que de lo contrario se estarían imponiendo a los Estados obligaciones en materia de política social que trascienden las competencias de la Unión Europea. En conclusión, no entra en el ámbito de aplicación del Acuerdo, sino que el cálculo de la cuantía es competencia exclusiva de la legislación nacional.

En todo caso, resulta criticable la insistencia del Tribunal en reseñar, de nuevo, que la disposición nacional no afecta a todos los trabajadores a tiempo parcial –sino solo a los que hubiesen visto interrumpida su carrera de cotización en el período de referencia– y que no puede considerarse un obstáculo jurídico que limite las posibilidades de trabajar a tiempo parcial, pues puede ser ventajosa en supuestos que se trabaje a tiempo completo, después de haberlo hecho a tiempo parcial. Es decir, los mismos argumentos que ya han sido contestados por el Abogado General en la primera cuestión prejudicial.

⁹¹ CABEZA PEREIRO, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, op. cit., pp. 41-42. Recuerda el autor que en el período en que se aprobó esta norma, se elaboraron planteamientos doctrinales y jurisprudenciales más ambiciosos en relación con la eliminación de la discriminación sexista.

⁹² No incluye a personas que en busca de empleo –lo que no les confiere derecho alguno de información o de formación–, pero más destacada es el reconocimiento a los Estados miembro para establecer restricciones en su ámbito de aplicación, referido expresamente a los «trabajadores a tiempo parcial que trabajan de forma ocasional» (Cláusula 2ª.2) los «casual workers», como se señala de forma crítica CABEZA PEREIRO, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, op. cit., p. 42.

⁹³ No pueden incluirse en este concepto los regímenes o prestaciones de seguridad social, como las pensiones de jubilación (o incapacidad), regulados directamente por la Ley, sin que haya existido ningún tipo de concertación dentro de la empresa o de la rama profesional interesada, y que son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores, Sentencia de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, asunto «Griesmar»; en el mismo sentido: Sentencia de 10 de junio de 2010, C-395/08 y C-396/08, asunto «Bruno y otros»; STJUE de 10 de junio de 2010, C-395/08 y 396/08, asuntos «Pettinni y Mateucci»; o STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, asunto «Isabel Elbal Moreno/INSS y TGSS», ya citada. Al respecto, vide STJUE de 3 de septiembre de 2014, C-318/13, sobre el cálculo de una indemnización basada en la esperanza de vida en función del sexo por lo que se considera contraria a la Directiva 79/7/CEE. Sobre este asunto, CASTRO ARGÜELLES, M^a. A., «El principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y el cálculo de prestaciones en función del sexo (1)», La Ley Unión Europea, nº 21, diciembre 2013, pp. 1-17.

5. REFLEXIONES FINALES: ¿MERECE LA PENA TRABAJAR A TIEMPO PARCIAL?

La respuesta a esta cuestión resulta más complicada desde la óptica femenina, ya que como afirma la OIT «las mujeres constituyen una parte desproporcionadamente alta de las personas ocupadas en modalidades de empleo asalariado temporal o tiempo parcial» que ofrecen una «cobertura insuficiente de la protección social» y mantienen unos «criterios de admisibilidad que en la práctica determinan que solo pueden beneficiarse de la mayoría de las prestaciones las personas que tienen contratos regulares»⁹⁴.

El Acuerdo marco del trabajo a tiempo parcial desvincula la igualdad en el empleo entre hombres y mujeres, del tiempo de trabajo. Solamente en dos Considerandos (nº 4 y 5º) reconoce que el trabajo a tiempo parcial puede resultar una medida útil para promover la igualdad por razón de sexo en el empleo, siempre que permita «compaginar la vida profesional y la vida familiar», pero aclara que debe prevalecer el desarrollo empresarial. En decir, la predisposición de esta norma sobre el trabajo a tiempo parcial como institución de conciliación resulta, cuando menos desesperanzadora, pues supedita su ejercicio a exigencias de competitividad empresarial⁹⁵.

La flexibilización del tiempo de trabajo supone un obstáculo para la verdadera corresponsabilidad porque implica jornadas de trabajo más extensas, en el marco de una libre voluntad de elección, pero esto no ocurre cuando se tiene en cuenta el género. Este tipo de cláusulas incrementan la separación de los roles en cuanto al reparto de tareas en el ámbito doméstico. De forma que el encargado de trabajar fuera del hogar, podrá alargar su jornada, y el responsable del hogar, verá acre-

centada su responsabilidad en torno a las obligaciones familiares, por consiguiente no podrá optar a ese alargamiento de la jornada⁹⁶.

En este contexto, las repercusiones sobre las prestaciones sociales y los derechos de Seguridad Social, derivados de estas condiciones de trabajo atípico, parecen expulsar del mercado laboral a quién recurre a él. Como reconoce el Tribunal español en la argumentación del asunto «Cachaldora», esta trabajadora resulta penalizada por trabajar a tiempo parcial. En la línea de lo expuesto por el Abogado General, lo más acorde con la prohibición de discriminación indirecta hubiese sido declarar la norma nacional contraria a la Directiva 7/79/CEE, dado que no existe justificación en el principio de contributividad, pues el periodo sobre el que se reclama carece de cotización alguna. La diferencia de trato respecto de los trabajadores a tiempo completo no puede compartirse y resulta muy criticable porque supone, de nuevo, un paso atrás en los derechos de igualdad entre hombres y mujeres en el empleo, más en concreto, de las trabajadoras a tiempo parcial que serán las principales afectadas.

Este pronunciamiento está en la línea de otros en los que parece que el factor del sexo imperó sobre el del género⁹⁷ y que contrastan con los que sí apreciaron la existencia de discriminación indirecta al considerar que se vulnera el principio de igualdad en la protección social que se deriva del trabajo a tiempo parcial⁹⁸. La doctrina ha valorado positivamente esta evolución en la jurisprudencia del TJUE porque al vincular el principio de igualdad con la discriminación indirecta en el trabajo a

⁹⁴ OIT, «Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. El empleo en plena mutación», de 18 de mayo de 2015.

⁹⁵ BALLESTER PASTOR, M^a. A., «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad», RDS, nº 51, p. 65.

⁹⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «Las debilidades del contrato a tiempo parcial como instrumento de conciliación», en AA. VV., *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bo-marzo, Albacete, 2012, pp. 363-366.

⁹⁷ Por todos, STJUE de 16 de julio de 2009, C-537/07, asunto «Gómez Limón».

⁹⁸ Son referentes, STJUE de 10 de junio de 2010, C-395/08 y C-396/08, asunto «Bruno y Pettini», en el mismo sentido que STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, asunto «Elbal Moreno».

tiempo parcial, se constata un endurecimiento de la justificación en el ámbito de la Seguridad Social⁹⁹. Sin embargo, el asunto «Cachaldora» supone confirmar la interpretación restrictiva en la que prevalece la autonomía reconocida a los Estados miembro en materia de Seguridad Social sobre la igualdad y no discriminación sexista en el trabajo, específicamente, en el trabajo a tiempo parcial. En contraste, cabe recordar la contundente crítica del Tribunal en el asunto «Elbal Moreno», en relación con la ausencia de justificación de la medida nacional que se discutía, en base al mantenimiento y viabilidad del Sistema público y contributivo de Seguridad Social¹⁰⁰.

El asunto Cachaldora ha tenido una fuerte trascendencia en el derecho español pues ha servido de fundamento –entre otros– para desestimar la cuestión de inconstitucionalidad promovida recientemente sobre la interpretación de la misma disposición controvertida de derecho interno¹⁰¹. Ya con anterioridad la doctrina había llamado la atención sobre este efecto perverso de la normativa nacional relativa a las lagunas de cotización inmediatamente posteriores al desempeño de un trabajo a tiempo parcial¹⁰².

Las nefastas repercusiones del trabajo a tiempo parcial en relación con el género debería hacer replantearse a la propia Unión Europea la necesidad de desposeer a los Estados de parte de su autonomía, en aras de dotar de cobertura efectiva de Seguridad Social a todas estas instituciones, como un verdadero camino hacia la convergencia de los Estados miembros de la Unión Europea.

En definitiva, las discriminaciones indirectas por razón de sexo inciden sobre las trabajadoras, a tiempo parcial porque sufren las consecuencias de unos sistemas de protección social que las perjudican por ejercer sus derechos de conciliación. Por lo tanto, para que a las tradicionales cuidadoras del hogar familiar les merezca la pena acceder al mercado de trabajo es necesario que los trabajos atípicos a los que tienen acceso no resulten tan desventajosos. De lo contrario, el trabajo a tiempo parcial continuará siendo una fuente de discriminación indirecta por razón de sexo, lo que a su vez, agravará los problemas de conciliación y hará inalcanzable una verdadera corresponsabilidad.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M. R. «El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea», en AA. VV. *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, AA. VV. Aranzadi, Pamplona, 1997.

BALLESTER PASTOR, M^a. A.:

- «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad», RDS, n^o 51, 2010.
- «Conciliación y corresponsabilidad en la UE», en AA.VV., *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BAYLOS GRAU, A. «Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo», RDS, n^o 1, 1998.

ROQUETA BUJ, R., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, CES, 2002, p. 140; FERNÁNDEZ PROL, F., «Trabajadores a tiempo parcial y protección social...», *op. cit.*, p. 108.

⁹⁹ LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, *op. cit.*, pp. 212-213.

¹⁰⁰ Fundamento n^o 35: «(...) en estas circunstancias, la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de toda posibilidad de obtener una pensión de jubilación constituya una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de seguridad social de tipo contributivo, al que se refieren el INSS y el Gobierno español, y que ninguna otra medida menos gravosa para esos mismos trabajadores permita alcanzar ese objetivo».

¹⁰¹ STC de 28 de mayo de 2015; cuestión de inconstitucionalidad n^o 2502/2014. Sigue la estela de la STC 156/2014, de 25 de septiembre. En ambas existe un voto particular disidente. Análisis del pronunciamiento PANIZO ROBLES, J. A., «La integración de lagunas de cotización en el caso de trabajadores a tiempo parcial, no es inconstitucional, aunque la demandante sea una mujer (STC de 28 de mayo de 2015)», Aranzadi digital, n^o 1/2015, parte Estudios y comentarios. BIB 2015/2949.

¹⁰² CABEZA PEREIRO, J., «¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?», *op. cit.*, p. 12; LOUSADA AROCHENA, J. F., «Tiempo parcial y periodos de carencia (a propósito de la STJUE de 10 de junio de 2010)», AS, n^o 9, 2010, BIB 2010/1486, se refiere al efecto Mateo;

CABEZA PEREIRO, J.:

- ¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?, AS n° 6/2010, parte Estudio. BIB 2010\1242.
- «Conciliación de vida privada y familiar», TL, n° 103, 2010.
- «Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres», en AA. VV., *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, Albacete, 2013.

CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M^a. A. *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, MTI, Madrid, 2010.

CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, F. *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, Granada, 1999.

CARACCILO DI TORELLA, E. y MASSELOT A. *Reconciling Work and Family Life in EU Law and Policy*, Palgrave-Macmillan, London, 2010.

CARRASCOSA BERMEJO, D. «Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I)», en AA.VV., *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CASTRO ARGÜELLES, M^a. A. «El principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y el cálculo de prestaciones en función del sexo (1)», *La Ley Unión Europea*, n° 21, diciembre 2013.

DE LA VILLA GIL, L. E. «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», RMTAS, n° 32, 2001.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F. «Igualdad y Sistemas de Seguridad Social: Efectos de la incorporación de las mujeres al trabajo», RMTAS, n° extraordinario, 2007.

FERNÁNDEZ PROL, F. «Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los períodos carenciales, RDS, n° 64, 2013.

GARCÍA MURCIA, J. *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, 2005.

GUERRERO PADRÓN, T.:

- «Discriminación indirecta por razón de sexo y cálculo de pensión de funcionarios a tiempo parcial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*; n° 617; Comentario; BIB 2004/234.

- «Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social», *Temas Laborales*, n° 68, 2003.

LOUSADA AROCHENA, J. F.:

- «Maternidad y conciliación en el Derecho Comunitario», en AA. VV., *Derecho social europeo*, CGPJ, Madrid, 2007.
- «Tiempo parcial y períodos de carencia (a propósito de la STJUE de 10 de junio de 2010)», AS, n° 9, 2010, BIB 2010/1486.
- *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M. «La coordinación de las políticas de empleo a la luz del Tratado de Lisboa», RMTI, n° 92, 2011.

MIRANDA BOTO, J.M^a. «Seguridad Social de los trabajadores migrantes (II)», en AA. VV., *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MORENO VIDA, M^a. N. «El debate sobre la flexibilidad en Europa», XX Congreso nacional de la Asociación española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Logroño, 2009.

NIELSEN, R. *European Labour Law*, Ed. DJØF Publishing, Copenhagen, 2000.

NOGUEIRA GUSTAVINO, M. «La progresiva política social de la Unión Europea», en AA. VV., *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

PANIZO ROBLES, J. A. «La integración de lagunas de cotización en el caso de trabajadores a tiempo parcial, no es inconstitucional, aunque la demandante sea una mujer (STC de 28 de mayo de 2015)», *Aranzadi digital*, n° 1/2015, parte Estudios y comentarios. BIB 2015/2949.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. «Las debilidades del contrato a tiempo parcial como instrumento de conciliación», en AA. VV., *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. «Flexibilidad: el debate europeo en curso», en AA. VV., *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, Madrid, La Ley, 2007.

ROMERO RÓDENAS, M^a. J. «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas», REDT, n° 171/2014, BIB 2014/4507.

ROQUETA BUJ, R. *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, CES, 2002.

TORTUEO PLAZA, J.L. «Conciliación, género y empleo, reflexiones desde el sistema de Seguridad Social», RMTAS, n° extraordinario, 2007.

RESUMEN

Las políticas de empleo de la Unión Europea han potenciado el trabajo a tiempo parcial, como exponente de la «flexiseguridad», prevaleciendo las necesidades empresariales frente al menoscabo que ocasiona en la protección social del colectivo de trabajadores que lo integran, mayoritariamente mujeres. Es abundante la jurisprudencia europea sobre el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el empleo, así como en materia de Seguridad Social, sobre todo, en relación con asuntos referidos a la discriminación indirecta. Sin embargo, la reserva de competencias de los Estados miembros en política social ha imperado en las interpretaciones del Tribunal. El TJUE ha considerado conforme a Derecho la controvertida normativa nacional relativa a las lagunas de cotización inmediatamente posteriores al desempeño de un trabajo a tiempo parcial, a pesar de la interpretación contraria del Abogado General. Se impone la necesidad de una verdadera convergencia de los Estados miembro en materia de Seguridad Social y que el TJUE vincule el principio de igualdad con la discriminación indirecta en el trabajo a tiempo parcial. De lo contrario, se perpetuará la marginalización del empleo femenino y desprotección social, que entorpecen considerablemente el ejercicio de los derechos de conciliación y, por ende, la corresponsabilidad.

Palabras Clave: igualdad y no discriminación por razón de sexo, empleo, trabajo a tiempo parcial, prestaciones de seguridad social, lagunas de cotización.

ABSTRACT

Employment policies at the European Union have promoted work on a part-time basis, as an example of «flexicurity», prevailing corporate needs over the detriment caused on the social protection of the workforce, particularly women. There are plenty of European case-law references on the principle of equality between men and women at work, as well as on Social Security and, above all, on issues related to indirect discrimination. However, the reserve of competences of the Member States in social policies has prevailed in the interpretation of the Court. The controversial national regulation in relation to the gaps of contribution coming immediately after a part-time job has been approved by the CJEU despite the opposite interpretation of the Advocate General. A real agreement of the Member States is particularly needed in relation to Social Security and that the CJEU might be able to link the equality principle to the indirect discrimination in part-time work. Otherwise, women's employment and lack of social protection will be perpetually marginalized, which will substantially restrict the work-life balance rights and, as a result, the joint responsibility.

Keywords: equality and non-discrimination based on sex, employment, part-time work, Social Security benefits, contribution gaps.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

II. Legislación

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ*

SUMARIO: 1. LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: UNA MATERIA QUE APENAS CAMBIA EN LOS TRATADOS. 1.1. El TCEE y el TCE. 1.2. El TFUE.— 2. LOS ORÍGENES DE LA LIBRE CIRCULACIÓN. 2.1. Reglamento nº 15 del Consejo, de 16 de agosto de 1961, relativo a las primeras medidas para la realización de la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad, de 1961. 2.2. Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. 2.3. El Reglamento nº 38/64/CEE, del Consejo, de 25 de marzo de 1964, relativo a la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad. 2.4. Directiva 64/240/CEE del Consejo, de 25 de marzo de 1964, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de su familia en el interior de la Comunidad.—3. LA ETAPA DE CONSOLIDACIÓN. 3.1. Reglamento (CEE) nº 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. 3.2. Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad. 3.3. Reglamento (CEE) nº 1251/70, de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores por cuenta ajena a permanecer en un Estado miembro. 3.4. Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia. 3.5. Reglamento (CEE) nº 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992, por el que se modifica la segunda parte del Reglamento (CEE) nº 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. 3.6. Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.—4. LA REGULACIÓN ACTUAL. 4.1. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. 4.2. Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión. 4.3. Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores.

* Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela.

1. LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: UNA MATERIA QUE APENAS CAMBIA EN LOS TRATADOS

Es un lugar común que el derecho social comunitario nace como un instrumento necesario para la organización del mercado único europeo¹. Este derecho carecía, en sus orígenes, de un significado propio, para limitarse a «favorecer el mejor intercambio de personas y de mercancías entre los seis Estados nacionales que ratificaron los Tratados constitutivos de las tres Comunidades Europeas»². Con el objetivo de elaborar una estrategia común de empleo y mejorar el mercado de trabajo en Europa se articularon diferentes mecanismos jurídicos de entre los cuales la libre circulación de trabajadores asalariados constituye «la pieza o instrumento esencial y central»³. Desde esta posición de subordinación a los objetivos o fines esencialmente económicos de la organización comunitaria⁴, la libertad de circulación de trabajadores ha tratado de dar una «dimensión europea» al mercado de trabajo⁵.

Los arts. 48 TCEE, 39 TCE y 45 TFUE han ofrecido las reglas para determinar y desarrollar el contenido esencial de la libre circulación,

así como su contenido adicional o instrumental. Para el desarrollo de uno y otro se han empleado instrumentos normativos diversos. El contenido esencial, en cuanto requería de un tratamiento uniforme en todos los Estados que evitase las particularidades nacionales, fue desarrollado a través de reglamentos. Las directivas se reservaron para el desarrollo de los aspectos instrumentales, que no precisaban de un derecho único y por ello se abrieron a la intervención de los Estados miembros⁶. Esta es una materia en la que el derecho derivado ha podido ir ampliando las perspectivas y dulcificando las rigideces iniciales del tratado⁷.

Pasados los años, se ha visto cómo la libre circulación de trabajadores se ha integrado parcialmente en la ciudadanía europea. Así, uno de los más importantes derechos de todo ciudadano europeo es el de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, también con el fin, aunque no ya el único, de ejercer un empleo. Pero ello no ha impedido que la libre circulación de trabajadores conserve una entidad independiente sin perjuicio de que, en ocasiones, los derechos consustanciales a esta libertad coincidan o se solapen con los conferidos por la ciudadanía de la Unión⁸.

1.1. El TCEE y el TCE

La primera manifestación relativa a la libre circulación de los trabajadores aparece recogida en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. En su Primera Parte, dedicada a los «Principios», el art. 2 TCEE

¹ Un análisis sobre el desequilibrio entre lo social y lo económico en la evolución de las Comunidades Europeas en J.M. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson-Reuters Aranzadi (Navarra, 2009), pp. 16 y ss.

² L.E. DE LA VILLA GIL, «Editorial», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 1997 ,2, p. 7

³ J. GÁRATE CASTRO, *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Editorial universitaria Ramón Areces, (Madrid, 2010), p. 7.

⁴ C. PALOMEQUE LÓPEZ, *La libre circulación de los trabajadores comunitarios*, Proyecto social: *Revista de Relaciones Laborales*, nº 1, 1993, p. 126.

⁵ DURÁN LÓPEZ, F., *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley (Madrid, 1986), p. 26: «La libertad, pues, está relacionada con el funcionamiento del mercado de trabajo, es una libertad relativa al entrecruzamiento de ofertas y demandas de trabajo; en definitiva, se trata de liberalizar las posibilidades de contratación laboral en el conjunto de los países comunitarios, dándole a la misma un ámbito comunitario».

⁶ J. GÁRATE CASTRO, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

⁷ DURÁN LÓPEZ, F., *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley (Madrid, 1986), p. 18.

⁸ Cfr. L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *Libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa*, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92, 2011, p. 259. La autora justifica este protagonismo de la libre circulación de trabajadores «entre otras cosas, por el estatus privilegiado que éstos mantienen respecto de cualquier otra persona que se desplace por razones no laborales o profesionales».

anunciaba los objetivos de la Comunidad, entre los que se encontraban: «un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los estados miembros». No obstante, estos objetivos habrían de alcanzarse mediante elementos puramente económicos, esto es: «el establecimiento de un mercado común y de una progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros». Entre los medios enumerados por el art. 3 TCEE para lograr tales fines, se incluyó «la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de las personas, servicios y capitales» (apartado c) y la creación de un Fondo Social Europeo, «con objeto de mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores y contribuir a la elevación de su nivel de vida» (apartado i)⁹. Por último, dentro de esta parte programática, el art. 7 TCEE prohibía toda discriminación por razón de nacionalidad¹⁰.

La segunda parte del Tratado («Fundamentos de la Comunidad») contiene los artículos dedicados a la libre circulación de trabajadores, que recogían la mayor parte de su contenido social. No es extraño si se advierte que el reconocimiento de la libre circulación de trabajadores deviene imprescindible para la instauración de una verdadera comunidad económica¹¹, constituyendo uno de

los ejes o pilares fundamentales de la Unión Europea¹². En sus preceptos se desarrollaba la afirmación general del art. 3 TCEE, con una redacción que iba a permanecer inalterada, salvo ajustes procedimentales, en los sucesivos años de vigencia del Tratado. Las reglas sobre libertad de establecimiento podían ser consideradas un terreno fronterizo, al regular la actuación transnacional de los trabajadores por cuenta propia, en aquel entonces muy alejados del Derecho del Trabajo. El Capítulo I, dedicado a los trabajadores, comenzaba asegurando la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad¹³, y la configuró, en su apartado segundo, como la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad en las materias de empleo, retribución y demás condiciones de trabajo. Este es, pues, el contenido esencial de la libre circulación de trabajadores en el ámbito comunitario. Junto a él, se reconocieron otros derechos instrumentales o complementarios: salir, entrar y desplazarse por el territorio de la Comunidad, así como residir en sus Esta-

perspectiva limitada funcionalmente a las personas que puedan pretender el ejercicio de actividades económicas, «no por ello deja de tener gran importancia para la progresiva construcción de una Comunidad Europea de miras más amplias». En el mismo sentido, F. PÉREZ DE LOS COBOS [*El Derecho Social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas (Madrid, 1994), p. 20], «el mercado común del trabajo europeo no resultaría de la homogeneización de las regulaciones sociales de los distintos países comunitarios, sino de la remoción de los obstáculos que impedían el desplazamiento internacional de mano de obra».

¹² Para J. GÁRATE CASTRO [*Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Editorial universitaria Ramón Areces (Madrid, 2010), p. 9], la importancia de esta libertad se comprende hoy «en el más amplio y ambicioso ámbito de la ciudadanía de la Unión», donde la tenencia de la ciudadanía europea «pasa a sustituir al desarrollo de una actividad como condición esencial a la que se subordina la libre circulación de personas».

¹³ Como indica L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (*op. cit.*, p. 260), aun cuando el art. 3 del Tratado de Roma consagraba como una de las libertades básicas comunitarias la libre circulación de personas, «lo cierto es que inmediatamente a continuación los preceptos incardinados bajo su capítulo I, los artículos 48 a 51 (...), se circunscribían en exclusiva a la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad».

⁹ A. MARTÍN VALVERDE [*El fondo social y la política de empleo en la Comunidad Europea*, La Ley (Bilbao, 1986), p. 9] destaca la importancia de ambos aspectos, la libre circulación de personas y el Fondo Social Europeo, que constituyen, junto con la seguridad social de los trabajadores migrantes, «el tríptico de instituciones básicas de lo que se conoce con el nombre de Derecho social europeo».

¹⁰ Cfr. J. MIRANDA BOTO (*op. cit.*, p. «Todo ello ya estaba sugerido en el Informe Spaak, principalmente en su Título III, donde el mercado común y lo social aparecían estrechamente vinculados».

¹¹ Como señala F. DURÁN LÓPEZ [*Libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley (Madrid, 1986), pp. 15 y ss.], se trata de una libertad de imprescindible reconocimiento para la instauración de una verdadera comunidad económica que, si bien se consagra a las exigencias del mercado común y se sitúa en una

dos miembros, e incluso permanecer en ellos tras haber perdido el empleo.

El contenido material de la competencia comunitaria sobre libre circulación apareció delimitado en los arts. 39 a 42 TCE (arts. 48 a 51 TCEE), donde se expusieron los componentes esenciales de esta libertad fundamental. Su núcleo se reguló en el art. 39.2 TCE (art. 48.2 TCEE), donde se proclamó «la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo»¹⁴. El apartado 3 del mismo artículo recogió las denominadas libertades instrumentales, que no forman parte propiamente de la libre circulación pero la hacen factible¹⁵: los derechos a responder a ofertas efectivas de trabajo, el derecho de libre desplazamiento, el derecho de libre residencia y el derecho a mantener la residencia tras haber desempeñado un empleo, a los que el Derecho derivado añadió tempranamente el derecho a hacerse acompañar por la propia familia¹⁶. El art. 40 TCE (art. 49 TCEE), por el contrario, recogió obligaciones de los Estados, de carácter más administrativo que personal, orientadas a la colaboración, la eliminación de trámites y plazos, etc.

El art. 40 TCE (art. 48.4 TCEE) prohibió la aplicación de las disposiciones sobre libre circulación a «los empleos en la administración pública» y así lo ha hecho desde la primera redacción del Tratado. Este límite

¹⁴ Cfr. G. MOLINER TAMBORERO, *La libertad de circulación de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia*, Rtrib, 1992, nº 18, p. 32: «El contenido fundamental del derecho a la libre circulación no es precisamente el de poder trasladarse un nacional de un Estado a otro distinto, como de la simple traducción del concepto podría deducirse, sino que el contenido sustancial del mismo radica precisamente en la no discriminación de los que se trasladan con el objeto de desarrollar en otro Estado una actividad económica, aunque indudablemente ello presuma el derecho a efectuar el desplazamiento previo».

¹⁵ Cfr. J.M. MIRANDA BOTO, *op. cit.*, p. 160.

¹⁶ Ya en la Directiva del Consejo de 16 de agosto de 1961, la primera sobre libre circulación, que acompañó al Reglamento nº 15.

responde a una clara postura de los Estados fundadores, que se reservan así la potestad de organizar libremente su personal, sin intervención comunitaria programada¹⁷. El otro límite a la libertad de circulación de trabajadores sólo podía partir de razones de orden, seguridad y salud públicas (art. 39.3 TCE o art. 48.3 TCEE).

El art. 41 TCE (art. 50 TCEE) se dedicó exclusivamente al intercambio de trabajadores jóvenes, con aspecto de declaración de intenciones, mientras que, por su parte, el art. 42 TCE (art. 51 TCEE) se configuró como la base sobre la que se construirían los sistemas de articulación de los regímenes nacionales de Seguridad social. De este modo, en materia de Seguridad Social, el Consejo habría de garantizar a los trabajadores migrantes la acumulación de los períodos de cotización en todos los Estados [arts. 42.a) TCE y 51 a) TCEE] y el pago de las prestaciones a los residentes en los Estados miembros [arts. 42.b) TCE y 51 b) TCEE].

Además se incorporaron mandatos al Consejo y a los Estados Miembros para alcanzar este fin de la libre circulación de trabajadores. De este modo, el Consejo habría de adoptar, a través de reglamentos o de directivas, las medidas que fueran necesarias para la efectividad de la libre circulación de trabajadores asegurando la colaboración entre las administraciones nacionales de trabajo, la remoción de procedimientos, prácticas administrativas, plazos u otras restricciones que pudieran obstaculizar la libre circulación, y poniendo en relación las ofertas y demandas de empleo en todos los Estados miembros (arts. 40 TCE y 49 TCEE).

Tras su reconocimiento en este art. 48 TCEE, la libre circulación de trabajadores fue objeto de un amplio y veloz desarrollo que

¹⁷ Sobre esta cuestión, véase J.M. MIRANDA BOTO, *op. cit.*, p. 161: «se han manejado diversas interpretaciones para esta exclusión, pero no debe pasarse por alto el motivo de naturaleza económica presente: las actividades excluidas están fuera del mercado, ya sea interior o nacional».

permitió su puesta en práctica antes de finalizar el período transitorio previsto para ello¹⁸. No obstante, las sucesivas actas de adhesión han incluido períodos transitorios de restricción de la libre circulación de los ciudadanos de los Estados miembros. Así, los ciudadanos españoles se vieron sometidos a un plazo de espera de siete años, el más largo de todos los fijados para los distintos Estados¹⁹.

1.2. El TFUE

Prácticamente inalterada permaneció esta redacción en cuanto al reconocimiento de la libre circulación de trabajadores en el TFUE, vigente en la actualidad desde diciembre de 2009.

Aun cuando el derecho a la libre circulación de trabajadores se desarrolla en los arts. 45 a 48 TFUE (Capítulo I del Título IV de la Tercera Parte del TFUE, denominado «Trabajadores»), es posible encontrar referencias aplicables en otros preceptos, como su art. 9 o 18. El primero, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, ordena que la Unión tenga en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana. A su vez, el art. 15.2 TFUE reconoce a todo ciudadano de la Unión «la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado Miembro».

El art. 18, ubicado en la Segunda parte («No discriminación y ciudadanía de la Unión») prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad entre los Estados miembros. No obstante, este aspecto de la libre circulación ya no se restringe, como así lo hicieron el TCE y TCEE, a los trabajadores. El TFUE reconoce ya la creación de una ciudadanía de la Unión «a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro» (art. 20.1 TFUE). Ello ocasiona que todo ciudadano pueda disfrutar, en calidad de tal y con independencia de su condición de trabajador, del «derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros» [art. 20.2.a) TFUE].

Al margen del derecho a la libre circulación que otorga la condición de ciudadano de la Unión, continúa reconociéndose expresa y específicamente la libre circulación de trabajadores, que tras la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea quedó elevado a la altura de derecho fundamental. Esta se desarrolla en la tercera parte del Tratado, en concreto en su Título IV, que ahora, junto a la libre circulación de servicios y capitales, se dedica también a la de «personas» y no ya a la de trabajadores como en los anteriores Tratados²⁰. La referencia a los trabajadores aparece en su Capítulo 1, denominado precisamente «Trabajadores», y compuesto por los arts. 45 a 48 TFUE. Como ya se ha dicho, la redacción de estos preceptos es muy similar a la que ofrecía el TCE y el TCEE. El art. 45 asegura la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (apartado 1). De nuevo esta libertad se define, como hasta ahora, en su sentido negativo, como «la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo», y positivo. Desde esta vertiente, la libertad comprende los derechos de responder a ofertas efectivas de trabajo,

¹⁸ J. GÁRATE CASTRO, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹ Diario Oficial nº L 302 de 15/11/1985 p. 0035. Documentos relativos a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a las Comunidades Europeas, Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados, Cuarta parte: Medidas transitorias, Título II: Medidas transitorias relativas a España, Capítulo 2: Libre circulación de personas, servicios y capitales, Sección I: Trabajadores, Art. 56.

²⁰ Sobre el tránsito de la libre circulación de trabajadores a la libre circulación de personas, véase L. DANS ÁLVAREZ DE SOTO-MAYOR, *op. cit.*, pp. 262 y ss.

de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros, de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; y de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (art. 45.3).

Asimismo, los trabajadores jóvenes tienen un lugar expreso en este objetivo, pues el art. 47 ordena a los Estados miembros el establecimiento de un programa común para garantizar el intercambio de trabajadores jóvenes.

Los arts. 46 y 48 ordenan al Parlamento Europeo y al Consejo la adopción, a través de las correspondientes Reglamentos y directivas, de las medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores, «creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes» la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; y el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

2. LOS ORÍGENES DE LA LIBRE CIRCULACIÓN

2.1. Reglamento nº 15 del Consejo, de 16 de agosto de 1961, relativo a las primeras medidas para la realización de la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad, de 1961

Cuatro años después de la firma del Tratado de Roma, la puesta en marcha de los aspectos esenciales de la libre circulación de trabajadores comenzó con el Reglamen-

to nº 15 del Consejo, relativo a las primeras medidas para la realización de la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad, de 1961. Este Reglamento, al amparo particularmente de los arts. 48 y 49 TCEE, manifestaba su deseo de eliminar los retrasos y otras restricciones que obstaculizaban la libertad de movimiento de los trabajadores. No obstante, como el propio Reglamento indicaba, se habría de tomar en consideración la prioridad del mercado nacional de empleo. Esto queda de manifiesto en su artículo primero, que subordina el derecho de los ciudadanos de los Estados miembros a ocupar un empleo remunerado en el territorio de otro Estado miembro, a que ningún trabajador nacional apropiado para dicho empleo estuviera disponible en el plazo de tres semanas, salvo que mediase oferta nominativa de empleo.

El Reglamento nº 15 se compone de un total de 52 artículos, divididos en cuatro partes. La primera de ellas es la que recoge los principales derechos en materia de libre circulación de trabajadores, entre los que destaca en su art. 8 el derecho a la igualdad de trato. La doble óptica, negativa y positiva, desde la que se contempló este derecho habría de permanecer inalterada en las sucesivas normas posteriores. Así, el derecho a la igualdad de trato implicaba tanto el de no ser tratado desfavorablemente por razón de nacionalidad, como el de beneficiarse del mismo trato que los trabajadores nacionales en todas las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de remuneración y de despido. Por ello se declararon nulas de pleno derecho las cláusulas individuales y colectivas que no respetasen la igualdad en materia de remuneración y otras condiciones de trabajo (art. 8.3).

A su vez, su apartado segundo del mismo art. 8 regulaba específicamente la igualdad de trato en materia de afiliación a las organizaciones sindicales y al derecho de voto en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Su apartado tercero declaraba nulas de pleno derecho las cláusulas

de los convenios colectivos y de los contratos individuales que no respetasen la igualdad en materia de remuneración y otras condiciones de trabajo.

Las dos partes siguientes del Reglamento presentaron un carácter más técnico. Se ocupan de la creación de determinados órganos especializados (en concreto, la Oficina europea de coordinación, el Comité técnico y el Comité consultivo) con el fin de asumir tareas de «puesta en contacto y de la compensación de ofertas y demandas de empleo» (arts. 16 a 27) y «de asegurar una colaboración estrecha entre los Estados miembros en materia de libre circulación y de empleo de los trabajadores» (arts. 28 a 41). Estos preceptos se ocupan de cuestiones tales como el papel de los servicios de empleo de los Estados miembros y de la comisión, o de las medidas complementarias, en cuestiones como la formación profesional (art. 27). A través de ellos se trata de conseguir la mayor efectividad en la puesta en contacto de ofertas y demandas de empleo que puedan ser cubiertas a través de la libre circulación de trabajadores.

Por la naturaleza y finalidad de estos órganos, su regulación resulta incompatible con las intervenciones de cada una de las legislaciones nacionales²¹. De ahí que esta materia se regulase a través de Reglamento y que hayan sido otros reglamentos posteriores (Reglamento 38/64/CEE y Reglamento (CEE) n° 612/68) los que han mantenido su contenido.

2.2. Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública

Si el Reglamento n° 15 reconocía los derechos propios de la libre circulación de trabajadores, esta Directiva recuerda que dichos derechos pueden ser limitados por razones de orden público, seguridad y salud pública. En consecuencia, esta norma se promulga tanto al amparo de las primeras medidas para la realización de la libre circulación de trabajadores contempladas por el Reglamento n° 15, como de los procedimientos y prácticas administrativas relativas a la admisión, empleo y estancia de los trabajadores de un Estado miembro así como de sus familias en otros Estados miembros, que regulaba la Directiva del Consejo de 16 de agosto de 1961.

En ella se buscaba la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que preveían un régimen especial para los extranjeros justificado en razones de orden público, seguridad y salud pública. Así se establecieron «medidas especiales» que afectaron «a la entrada en el territorio, a la concesión o renovación del permiso de residencia o al abandono del territorio» (art. 2.1) adoptadas por los Estados miembros a los nacionales que se desplazasen dentro de la Comunidad con la finalidad de ejercer tanto una actividad asalariada o una prestación de servicios, así como a sus familias. Con ella se buscó una aproximación de los procedimientos empleados por cada uno de los Estados miembros para hacer valer estas excepciones, siempre bajo la perspectiva de abrir, en cada uno de estos Estados, «posibilidades suficientes de recurso contra los actos administrativos en esta materia, a los nacionales de los demás Estados miembros» (Preámbulo). Respecto de las condiciones de salud pública, la propia Directiva rechaza, por poco práctica, la posibilidad de realizar un listado que enumerase cada una de las enfermedades e incapacidades que pudieran poner en peligro la salud pública, el orden público y la seguridad pública y mostró su preferencia por reunir las en grupos de enfermedades que pueden poner en peligro la salud pública (Anexo, A: enfermedades de cuarentena, tuberculosis, sífilis u otras enfermedades infecciosas o parasitarias

²¹ Cfr. J. GÁRATE CASTRO, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

contagiosas) o el orden público o la seguridad pública (Anexo, B: toxicomanía, enfermedades psíquicas graves, estados manifiestos de perturbación psicopática con agitación, de delirium, de alucinaciones o de psicosis de confusión). A dicho listado se le reconoció carácter taxativo, pues sólo estas «pueden justificar la denegación de la entrada en el territorio o de la concesión del primer permiso de estancia» (art. 4.1). As su vez, se asegura el derecho de los afectados a los pertinentes recursos administrativos y judiciales (arts. 8 y 9).

Es destacable la prudencia con la que la Directiva regula estas cuestiones, tratando de garantizar que no constituyan una puerta abierta a la obstaculización de la libre circulación de trabajadores. Por ello, se contempló expresamente, como límites claros a las razones de orden, seguridad y salud pública, que estas nunca podrían aplicarse amparándose en fines exclusivamente económicos (art. 2.2); por previa existencia de condenas penales (art. 3.2), o por la sola caducidad del documento de identidad del nacional de otro Estado miembro (art. 3.3).

2.3. El Reglamento n° 38/64/CEE, del Consejo, de 25 de marzo de 1964, relativo a la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad

Tres años después de la aprobación del Reglamento n° 15 y al amparo de sus arts. 46 a 52, el Consejo elaboró un nuevo Reglamento con el fin de alcanzar, en una segunda etapa, los objetivos fijados por los arts. 48 y 49 del TCEE. A diferencia del Reglamento n° 15, el Reglamento n° 38/64/CEE ya no subordina la libre circulación a la situación prioritaria del mercado nacional de trabajo, sino que se abre al mercado europeo de trabajo. Además, este Reglamento abrió la segunda fase de implantación progresiva de la libre circulación de trabajadores, iniciada por el Reglamento n° 15.

Su estructura se divide en cuatro partes, dedicadas sucesivamente a los trabajadores y su familia (arts. 1 a 23), a la puesta en contacto y la compensación entre las ofertas y demandas de empleo (arts. 24 a 38), a los organismos encargados de asegurar una estrecha colaboración entre los Estados miembros en materia de libre circulación y de empleo de los trabajadores (arts. 39 a 52) y a las disposiciones finales (arts. 53 a 60).

Por vez primera, en este Reglamento aparecen reguladas cuestiones como el derecho de los trabajadores que estén ocupando un empleo en otro Estado miembro, a aceptar nuevas ofertas de empleo (art. 1, párrafo 2°), el trabajo fronterizo (art. 3), las ofertas nominativas de empleo (art. 5), el acceso a la vivienda (art. 10), a la enseñanza en escuelas profesionales (art. 12), los trabajadores de temporada (art. 14), el derecho de reunificación familiar (art. 17) o los permisos de trabajo (arts. 22 y 23).

En aplicación del art. 3 de este Reglamento, se promulgó posteriormente el *Reglamento n° 117/65/CEE, de la Comisión, de 16 de julio de 1965*, en el que se publicó el listado de los municipios correspondientes a las zonas fronterizas comunes entre Francia y los Estados miembros que la rodean (Bélgica, Luxemburgo, Alemania, Italia y Alemania).

Este Reglamento fue posteriormente modificado por el Reglamento n° 95/66/CEE de la Comisión, del 5 de mayo de 1966, exclusivamente para añadir en la lista a dos municipios alemanes inicialmente no incluidos en ella.

2.4. Directiva 64/240/CEE del Consejo, de 25 de marzo de 1964, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de su familia en el interior de la Comunidad

Esta Directiva ordenó a los Estados miembros que suprimiesen las restricciones a los desplazamientos y estancia de los trabajadores de un Estado miembro que desearan ejercer su actividad en otro Estado miembro, así como a sus familias (art. 1). Para poder salir y entrar en dichos Estados, la Directiva estableció la única obligación de presentar un documento de identidad o un pasaporte válido, sin que los Estados puedan imponer otro tipo de documentación de salida ni obligación equivalente (art. 2).

Asimismo, también se estableció, el título de estancia («titre de séjour») como requisito para los trabajadores procedentes de otro Estado miembro (art. 4), los requisitos para su validez, así como los trabajadores que quedan dispensados de dicho requisito (arts. 5 y ss.).

Con esta Directiva se dio un paso más. La libre circulación de trabajadores ya no se limitó a garantizar que un trabajador no fuese discriminado en otro Estado miembro, sino también se le permitió desplazarse de un Estado a otro sin barreras que dificultasen su actividad. Por otra parte, el trabajador ya había dejado de ser el único foco de atención y se tomó conciencia de la importancia de su familia como un aspecto esencial para la efectividad de la libre circulación.

Posteriormente esta Directiva fue completada por la Directiva 68/360/CEE de 15 de octubre de 1968.

3. LA ETAPA DE CONSOLIDACIÓN

3.1. Reglamento (CEE) n° 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad

Este reglamento abre la tercera y última fase de la puesta en práctica de la libre circulación de trabajadores en la Comunidad euro-

pea²². Tras calificar la libre circulación de trabajadores como «un derecho fundamental para los trabajadores y su familia», el Reglamento aborda, a lo largo de sus cuatro partes diferenciadas, cuestiones ya clásicas como el derecho a ejercer una actividad por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro (art. 1); el derecho de trabajadores y empresarios a intercambiar demandas y ofertas de empleo o a formalizar contratos de trabajo (art. 2). La igualdad de trato y no discriminación en el empleo se concreta ahora en materia de retribución, despido, reintegración profesional o nuevo empleo, además del beneficio de las mismas ventajas sociales (art. 7); también se reconoce la igualdad de trato en el ejercicio de los derechos sindicales, incluidos los de afiliación y voto, y el de elegibilidad en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa (art. 8). A su vez, el Reglamento indica que todas sus disposiciones constituyen mínimos, superables por derechos más amplios concedidos por los Estados miembros.

Además de reconocer estos derechos a los trabajadores, el Título II de esta primera parte, se ocupa de los derechos correspondientes sus familias²³. Entre estos derechos se encuentra el del cónyuge y el de los hijos del trabajador nacional de un Estado miembro empleado en otro Estado miembro a instalarse con él y ejercer una actividad profesional, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, aunque carezcan de la nacionalidad de ese Estado miembro (art. 11). También se reconoce el derecho de formación, traducido en el acceso a cursos de enseñanza general, formación profesional y aprendizaje en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado (art. 12).

Los restantes artículos, de carácter más técnico, se ocupan «de la puesta en relación y de la compensación de las ofertas y deman-

²² Cfr. J. GÁRATE CASTRO, *op. cit.*, p. 18.

²³ Para J. GÁRATE CASTRO (*op. cit.*, p. 21), aunque este derecho no figuraba inicialmente entre el contenido de la libre circulación de trabajadores, su inclusión permitió adoptar «una concepción menos económica y más social» de la libre circulación de trabajadores.

das de empleo» (segunda parte), «de los organismos encargados de asegurar una estrecha colaboración entre los Estados miembros en materia de libre circulación y de empleo de los trabajadores» (tercera parte) y de las disposiciones transitorias y finales (cuarta parte).

El Reglamento 1612/68 contiene un generoso desarrollo del art. 48 TCEE, al garantizar para todos los trabajadores de los Estados miembros el acceso al empleo en cualquiera de los demás Estados miembros en las mismas condiciones que los nacionales de estos, sin que puedan producirse discriminaciones ni exigirse condiciones que directa o indirectamente las provoquen. Tampoco caben formalidades que dificulten o impidan el empleo de los ciudadanos comunitarios, teniendo los ciudadanos de otros Estados miembros la condición de trabajadores nacionales en relación con las normas que impongan un determinado porcentaje de estos o que subordinen a la nacionalidad el disfrute de determinados beneficios. La igualdad de las condiciones de trabajo se extiende a aspectos no directamente relacionados con la prestación de trabajo, como sucede con los beneficios sociales y fiscales (art. 7.2), no sólo en relación con la normativa legal y reglamentaria, sino afectando también a las disposiciones de convenios colectivos y contratos individuales. La igualdad de trato se aplica a la participación en actividades sindicales y a las ventajas en el acceso a la vivienda y alojamiento.

A través del *Reglamento (CEE) n° 312/76, del Consejo, de 9 de febrero de 1976*, se modificaron las disposiciones relativas a los derechos sindicales de los trabajadores que figuraban en el Reglamento n° 1612/68, para incluir entre los derechos de estos el acceso a los puestos de administración o de dirección de una organización sindical.

3.2. Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia

de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad

Esta Directiva trató de suprimir las restricciones que aun existían en materia de desplazamiento y estancia de los trabajadores y de sus familias dentro de la Comunidad, de acuerdo con las normas por las que, conforme al Reglamento n° 1612/1968 habría de regirse la libre circulación de los trabajadores, que requiere la mayor aproximación posible entre los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias a los derechos de los trabajadores nacionales.

A tal fin, se ordenó a los Estados que facilitasen a sus nacionales el derecho a abandonar su territorio con la sola presentación de la tarjeta de identificación o pasaporte válido (art. 2.1), sin posibilidad de imponerles un visado de salida u otras obligaciones equivalentes (art. 2.4). En contrapartida, los Estados miembros habrían de admitir en su territorio a los trabajadores desplazados de otros Estados miembros y a sus familias «mediante la simple presentación de una tarjeta de identidad o de un pasaporte válido», sin ningún visado de entrada o requisito equivalente «salvo a los miembros de la familia que no posean la nacionalidad de un Estado miembro», a quienes en todo caso los Estados habrían de facilitar la obtención de los visados que necesiten (art. 3).

En términos similares, el derecho de estancia habría de ser facilitado también por los Estados miembros, y se ordena su acreditación a través de la «tarjeta de estancia de nacional de un Estado miembro de la CEE» (art. 4), para cuya expedición no se podrán requerir más los documentos que los precisados en la Directiva. Los arts. 5 a 8 regulaban las formalidades y requisitos de la tarjeta de estancia, así como el contenido de este derecho de estancia en el caso de que el trabajador beneficiario no disfrutase de la tarjeta.

3.3. Reglamento (CEE) n° 1251/70, de la Comisión, de 29 de junio

de 1970, relativo al derecho de los trabajadores por cuenta ajena a permanecer en un Estado miembro

El Reglamento era aplicable a los ciudadanos de un Estado miembro que habían estado ocupados como trabajadores por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro, así como a su familia y deseasen permanecer en él una vez finalizada su actividad laboral. En tales circunstancias, este Reglamento concedía derecho a residir con carácter permanente en el territorio de un Estado miembro a los trabajadores que cumpliesen alguno de los siguientes requisitos, cuyos plazos podían flexibilizarse en circunstancias especiales: los trabajadores que hubieran alcanzado la edad prevista para hacer valer sus derechos a una pensión de vejez; los que hubieran ocupado en dicho Estado miembro un empleo durante al menos los doce últimos meses y hubieran residido en él de manera continua durante los tres últimos años o más; los que hubieran dejado de ocupar un empleo por cuenta ajena a raíz de una incapacidad laboral permanente y residiesen en dicho Estado desde hace más de dos años; o bien los que, después de tres años de empleo y de residencia continuos en el territorio de un Estado, ocupasen un empleo por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro, conservando al mismo tiempo su residencia en el territorio del primer Estado miembro, al que regresan, en principio, cada día o, al menos, una vez por semana.

En línea con normas anteriores, que reconocieron la importancia de que la familia del trabajador tuviera garantizado el derecho de libre circulación, también se reconocía el derecho de permanencia indefinida a los miembros de la familia del trabajador, aun, bajo ciertas condiciones, en el caso de fallecimiento de este durante el transcurso de su vida profesional.

El Reglamento no exigía ninguna formalidad para el ejercicio del derecho de estancia permanente. Al efecto, sólo se requería que el

beneficiario del derecho lo ejerciese en un plazo de dos años contados a partir del momento en que lo hubiese adquirido. Ello le daría el derecho a obtener una tarjeta de residencia cuya validez habría de ser de, al menos, cinco años y cuyo coste no podía sobrepasar el de los carnés de identidad de los nacionales. Las estancias interrumpidas por períodos que no superasen seis meses consecutivos no afectaban a la validez de la tarjeta de residencia.

Este Reglamento se amplió, a través de la *Directiva del Consejo de 18 de mayo de 1972*, a los trabajadores que permaneciesen en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, tanto si se trata de trabajadores nacionales de los Estados miembros, como los miembros de su familia, beneficiados por el derecho de permanencia. Sus disposiciones permanecieron en vigor hasta su derogación formal por el art. 1 del Reglamento (CE) n° 635/2006 de la Comisión, de 25 de abril de 2006.

3.4. Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia

Ante la inminente implantación en 1992 de un mercado interior, concebido como «un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada», se impuso la necesidad de armonizar las disposiciones nacionales relativas a los derechos de residencia de los nacionales de los Estados miembros en otros Estados miembros distintos. Así, además de las condiciones ya reconocidas en normas anteriores, esta Directiva 90/364/CEE extendió el derecho de residencia a los nacionales de los Estados miembros que no poseyesen este derecho conforme a otras normas de Derecho comunitario. Para ello, la Directiva requirió que los solicitantes de residencia y los miembros de su familia tuviesen un seguro de enfermedad que cubriese todos sus riesgos en el Estado miembro de acogida, y que acreditarasen recursos suficientes con los

que evitar ser una carga para la asistencia social del Estado de acogida (art. 1). Con el reiterado fin de simplificar las labores burocráticas que pudiesen obstaculizar la libre circulación, la residencia se materializó mediante el ya conocido como «permiso de residencia de nacional de un Estado miembro de la CEE».

El mismo día 28 de junio de 1990 se aprobó la *Directiva 90/365/CEE, del Consejo, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional*. En ella se extiende el derecho de residencia a los trabajadores por cuenta ajena o autónomos que «disfruten de una pensión de invalidez, de jubilación anticipada o de vejez, o de un subsidio por accidente de trabajo o enfermedad profesional de nivel suficiente para que, durante su estancia, no lleguen a constituir una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, y dispongan de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida» (art. 1.1).

3.5. Reglamento (CEE) n° 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992, por el que se modifica la segunda parte del Reglamento (CEE) n° 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad

Este Reglamento modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 con el fin de alcanzar «la mayor transparencia posible del mercado de trabajo comunitario, en particular para determinar las ofertas y demandas de empleo que se vayan a someter a la compensación comunitaria». Con este objetivo, sus dos artículos modifican aspectos puntuales del anterior Reglamento, de carácter eminentemente técnico, relativos a la actuación de los organismos nacionales de empleo y al intercambio de información con los de otros Estados y con la Oficina europea de coordinación.

3.6. Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes

Como un paso más hacia el objetivo de un mercado comunitario sin fronteras interiores, esta Directiva tuvo por objetivo abolir la discriminación en el acceso a la formación profesional. Para ello, como preveía en su momento el Tratado de Roma, facilitó el derecho de residencia de los estudiantes y garantizó su acceso a la formación profesional sin discriminaciones por razón de nacionalidad.

Esta Directiva sustituye a la anterior Directiva 90/366/CEE, de 28 de junio, relativa al derecho de residencia de los estudiantes. A través de seis breves artículos, la Directiva 93/96/CEE reconoció el derecho de residencia a todos los estudiantes nacionales de un Estado miembro que hubieran sido admitidos para seguir una formación profesional en otro Estado miembro. Las condiciones para ello, aparte de que dicho estudiante no dispusiese ya del derecho de residencia conforme a otra disposición de Derecho comunitario, requerían que el estudiante garantizase a la autoridad nacional correspondiente que dispone de recursos para evitar convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro durante su período de residencia; así como que estuviese matriculado en un centro de enseñanza reconocido para recibir una formación profesional; y, en fin, que dispusiese de un seguro de enfermedad que cubriese todos sus riesgos en el Estado miembro de acogida.

Cumplidos tales requisitos, el estudiante recibiría el denominado «permiso de residencia de nacionales de Estados miembros de la CEE» por el tiempo que durase su formación. No obstante, el permiso tendría una duración máxima de un año, renovable en el supuesto de que la formación durase más.

4. LA REGULACIÓN ACTUAL

4.1. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE

Esta Directiva reúne en un único texto el complejo corpus legislativo vigente en materia de derecho de entrada y residencia de los ciudadanos de la UE. Hasta la fecha de su entrada en vigor, este ámbito estaba regulado por dos reglamentos y nueve directivas. En consecuencia, esta Directiva no sólo eliminó la dispersión normativa de esta materia, sino también simplificó los trámites para el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la UE y de sus familias²⁴.

En relación con la familia del trabajador, la Directiva 2004/38/CE derogó el art. 10 del Reglamento (CEE) n° 1612/1968, que relacionaba quiénes habrían de considerarse como familiares del trabajador a efectos de desplazarse, instalarse y permanecer con él en otro Estado miembro. La Directiva 2004/38/CE amplió la restringida concepción de familiares del Reglamento para incluir, además del cónyuge, a su pareja registrada, así como a los ascendientes y descendientes directos, no sólo del trabajador, sino también de su cónyuge o pareja, e incluso a otros que convivan con el trabajador en el país de destino y éste deba hacerse cargo de su cuidado. Los miembros de

la familia del trabajador podrán salir y entrar en el territorio de otro Estado miembro en las mismas condiciones que el propio trabajador. Sin embargo, cuando la nacionalidad de estos familiares perteneciese a un tercer Estado, el Estado de acogida podrá exigirles un visado de entrada (art. 5.2) si bien, al tiempo, habrá de proporcionarles todo tipo de facilidades para su obtención.

A cambio del único requisito de estar en posesión del documento de identidad o pasaporte válidos, la Directiva 2004/38/CE concede al trabajador y a los miembros de su familia el derecho de residencia por un período máximo de tres meses (art. 6). Cumplido este período, el trabajador migrante habrá de acreditar recursos suficientes y cobertura sanitaria para sí y para su familia si quiere continuar residiendo (art. 7.1). Salvo por razones justificadas de orden público, la Directiva impide que se pueda acordar una orden de expulsión contra los trabajadores migrantes que mantengan la condición de trabajador o contra quienes, habiendo accedido al Estado miembro para buscar un empleo, puedan acreditar que continúan buscándolo y tienen posibilidades reales de ser contratados (art. 14.4).

La Directiva permite sancionar, aunque no con la expulsión, al trabajador que no presente para su registro ante las autoridades del correspondiente Estado miembro un documento de identidad o pasaporte válidos, un certificado de empleo o declaración del empresario indicando la duración del contrato; o la «tarjeta de residencia familiar de un ciudadano de la Unión» en el caso de familiares que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro (arts. 9 y 10).

El art. 17 de la Directiva 2004/38/CE refunde y actualiza las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1251/70 y de la Directiva 75/34/CEE, de 17 de diciembre. Tras haber reconocido en su art. 16 el derecho de residencia permanente de todos los ciudadanos de la Unión y de sus familias en el Estado de acogida cuando hubieran residido legalmente en él durante un período continuado de cinco

²⁴ La Directiva parte de la idea de que la ciudadanía de la Unión confiere a todo ciudadano comunitario «un derecho primero e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros» con las limitaciones y condiciones previstas en el TFUE y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. Sobre esta cuestión, véase L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *op. cit.*, p. 264.

años, el art. 17 recoge una excepción a favor de los trabajadores que hubieran cesado en su actividad antes de haber cumplido el período de cinco años. Así, cumpliendo determinadas condiciones, también estos trabajadores y sus familias, podrán acceder a la residencia permanente.

4.2. Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la unión

Tras la entrada en vigor del TFUE se hizo necesario de codificar el Reglamento (CEE) n° 1612/68, modificado en diferentes ocasiones, «en aras de una mayor racionalidad y claridad». Con este fin expreso se promulgó este Reglamento, actualmente en vigor, que reconoce el derecho a la libre circulación como un derecho fundamental no sólo de los trabajadores, sino también de sus familias. La familia del trabajador aparece como un elemento esencial de la libre circulación al exigirse que se eliminen los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores «sobre todo en lo referente a las condiciones de integración de la familia del trabajador en el país de acogida». A este fin se dedica el art. 10 del Reglamento, al que se le concede una sección independiente (Sección 3ª, «De la familia de los trabajadores»).

Además, la libre circulación ya no sólo comprende el derecho a ejercer una actividad asalariada en otro Estado miembro, sino, como indica su Preámbulo, a «ejercer la actividad de su elección dentro de la Unión». Por otra parte, el Reglamento extiende los oportunos derechos, además de a los trabajadores asalariados, a los «permanentes, de temporada, fronterizos o que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de servicios». Por lo tanto, el Reglamento ya no sólo se dirige a los trabajadores migrantes, que abandonan su Estado originario para realizar su actividad en otro Estado miembro, sino tam-

bién a los fronterizos, que residen en un Estado miembro pero prestan su actividad por cuenta ajena en otro.

El Reglamento 492/2011 se compone de cuatro capítulos, cuarenta y dos artículos y dos anexos. El primer capítulo recoge la tradicional prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y reconoce el derecho de los trabajadores nacionales de los Estados miembros a circular y trabajar en otros Estados de la Unión. A su vez, regula estas tres cuestiones, ya tradicionales en el ámbito de la libre circulación de trabajadores: «empleo, igualdad de trato y de la familia de los trabajadores». Al acceso al empleo se dedican los primeros artículos (sección primera, arts. 1 a 6). En ellos se trata de garantizar el acceso a una actividad por cuenta ajena con las mismas ventajas que los nacionales y a ejercerla en otro Estado miembro (art. 1). Los Estados miembros no podrán imponer condiciones o prácticas más desfavorables para los nacionales de otros Estados, con la salvedad de los conocimientos lingüísticos, que pueden ser exigidos como un requisito de acceso al empleo por la legislación nacional (art. 3.1). También se reconoce a todo trabajador y empresario nacionales de un Estado miembro el derecho a «intercambiar sus demandas y ofertas de empleos, formalizar contratos de trabajo y ejecutarlos de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en vigor, sin que de ello pueda resultar discriminación alguna» (art. 2). De tales condiciones discriminatorias (condiciones limitadoras no previstas para los nacionales, aquellas que tengan por finalidad eliminar a los nacionales de otros Estados miembros, entre otras) da cuenta el art. 3, ordenando su inaplicación.

La igualdad de trato en el ejercicio del empleo es otro de los puntos esenciales de los que se ocupa el Reglamento n° 492/2011, que lo aborda desde la doble óptica negativa y positiva. Al trabajador nacional de otro Estado miembro se le garantiza el tradicional derecho a no ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales en las condiciones de

empleo. Si con anterioridad se hacía especial hincapié en la igualdad de trato en las condiciones retributivas, ahora se garantiza expresamente la igualdad de trato en materia de retribución, despido y reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo (art. 7.2). Además, también se garantiza la igualdad de trato en los siguientes puntos: acceso a las mismas ventajas sociales y fiscales (art. 7.2), acceso a las escuelas de formación profesional y centros de readaptación o reeducación (art. 7.3), en el ejercicio de los derechos de afiliación a organizaciones sindicales, ejercicio de los derechos sindicales de voto, acceso a los puestos de administración o dirección de una organización sindical y elegibilidad a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. La única exclusión que se contempla afecta a su participación en la gestión de organismos de derecho público y del ejercicio de una función de derecho público (art. 8).

Los Capítulos II y III presentan ya un carácter más técnico. El Capítulo II, dedicado a la colaboración entre Estados, contempla varios puntos principales. El primero plantea el objetivo de una acción común entre los Estados (art. 11), dirigida a compensar las ofertas y demandas de empleo que conceda la misma prioridad a extranjeros y a nacionales (arts. 11.1 y 13), y a la colocación de trabajadores. Para ello se contempla la creación de servicios especializados (art. 11.2) que enviarían información a la Comisión, a los demás Estados y a la Oficina Europea de Coordinación (arts. 12.3, 13 y 18).

A su vez, para favorecer el equilibrio en el mercado de trabajo se ordena la realización de un análisis de los resultados, tanto por la Comisión como por los Estados (art. 14.3), que se presentará cada dos años.

Por último, el Capítulo III, destaca la previsión de dos organismos encargados de asegurar una estrecha colaboración entre los Estados miembros en materia de libre circulación y de empleo de los trabajadores. Se tra-

ta del Comité Consultivo, al que se dedica la Sección 1 (arts. 21 a 28) y del Comité Técnico, cuya composición y funciones se regulan en la sección 2 (arts. 29 a 34).

4.3. Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores

La Directiva 2014/54/UE no abandona el objetivo económico perseguido por la libre circulación de trabajadores, que se considera «necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior».

Una vez reconocidos los correspondientes derechos de libre circulación a los ciudadanos de la Unión Europea y a sus familias (art. 20 TFUE), el problema pareció encontrarse en la falta de conocimiento de estos derechos por sus beneficiarios. El preámbulo de la Directiva 2014/54/UE repite hasta la saciedad el deber de que los Estados o los organismos a través de los que actúen a estos efectos informen de estos derechos a los ciudadanos de la Unión, dado que «el ejercicio efectivo de la libertad de circulación de los trabajadores sigue representando, sin embargo, un gran reto y, muchos trabajadores de la Unión con frecuencia no son conscientes de sus derechos de libre circulación». Este problema se traduce en que «los trabajadores de la Unión pueden seguir sufriendo restricciones y obstáculos injustificados a su derecho a la libre circulación», entre los que cita expresamente «el no reconocimiento de las cualificaciones, discriminación por razón de nacionalidad y explotación al desplazarse a otro Estado miembro». Así pues, deduce, «existe entre la legislación y su aplicación práctica una discrepancia que debe ser abordada». Para ello se prevé que el cumplimiento adecuado y eficaz del art. 45 TFUE y del Reglamento (UE)

nº 492/2011 debe compaginarse con «una sensibilización acerca de los derechos». Ello porque «si el cumplimiento de la legislación de la Unión (...) no se garantiza adecuadamente, se debilita la eficacia de las disposiciones de la Unión aplicables en este ámbito y se ponen en peligro los derechos y la protección de los trabajadores de la Unión y de los miembros de sus familias».

El objetivo perseguido por la Directiva es doble. Por una parte, se trata de «mejorar la aplicación y la supervisión de la normativa de la Unión» en materia de libre circulación de trabajadores. Con el fin de que no sólo los trabajadores y sus familias, sino también «los empleadores, autoridades públicas y otras personas afectadas estén mejor informadas de los derechos y responsabilidades en materia de libre circulación», en orden a garantizar la correcta aplicación de las normas y evitar su incumplimiento.

Por otra parte, se ponen en marcha mecanismos reparadores para los trabajadores y sus familias que hubieran sido objeto de discriminación por razón de nacionalidad o hubieran sufrido cualquier restricción u obstáculo injustificado al ejercicio de este derecho. Se trata, con ello, de garantizar «una protección judicial real y efectiva». Para ello se ordena a los Estados miembros que faciliten y garanticen este objetivo, así como que faculten «a las asociaciones y a las personas jurídicas, incluyendo a los interlocutores sociales», para que con arreglo a las disposiciones de los Estados miembros puedan, con el consentimiento de la presunta víctima, iniciar procedimientos en su nombre o apoyar los ya iniciados» (Preámbulo, 15). Para ello se pide a los Estados miembros que examinen la aplicación de «principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización».

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

III. Jurisprudencia

La jurisprudencia reciente (2010-2015) del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación

Recent case law (2010-2015) on free mobility from the Court of Justice

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN—2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN — 3. CONDICIONES DE TRABAJO. 3.1. Exigencias lingüísticas. 3.2. Empleo en las Administraciones Públicas.— 4. VENTAJAS SOCIALES. 5. RECONOCIMIENTO DE TÍTULOS. 5.1. Abogados. 5.2. Ingenieros. 5.3. Arquitectos. 5.4. Otras profesiones.

1. INTRODUCCIÓN

Frente a los *grandes casos* que en otro tiempo ocupaban la atención del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación, la actualidad jurisprudencial en los años recientes se centra en aspectos de relevancia considerablemente menor. Las cuestiones de detalle han llegado al Tribunal de Luxemburgo y en lo que ahora ocupa también se reproduce esta tendencia.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN

La delimitación de quiénes son titulares de los derechos derivados de esta libertad fundamental es una tarea constante en la trayectoria del Tribunal, que normalmente se ha mostrado favorable a una ampliación de su ámbito.

Sin embargo, en la sentencia *McCarthy*¹, no ha sido así. En ella se estudió el curioso caso de una ciudadana con nacionalidad británica e irlandesa, que jamás salió del Reino Unido ni desempeñó actividad económica alguna, por cuenta ajena o propia (sobrevivía a base de prestaciones sociales), y que contrajo matrimonio con un nacional jamaicano. Al solicitar un permiso de residencia para éste en su condición de cónyuge de ciudadano de la Unión, le fue denegado por las autoridades británicas.

Estudiando la dicción de la Directiva 2004/38/CE, el Tribunal indicó que ésta se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que se «traslade» a, o resida en, un Estado miembro «distinto» del Estado del que tenga la nacionalidad. No habiendo salido jamás del Reino Unido, la Sra. McCarthy no podía invocar derecho alguno, puesto que se trataba de invocar una situación estrictamente interna, en la que el Derecho de la Unión no desem-

¹ Sentencia de 5 de mayo de 2011, Shirley McCarthy y Secretary of State for the Home Department, asunto C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277.

* Universidad de Santiago de Compostela.

peñaba papel alguno. El hecho de que tuviera doble nacionalidad no aportaba matiz alguno al caso, a ojos de la sentencia.

Descartada la aplicación de la Directiva, el Tribunal analizó la invocación del artículo 21 TFUE y reflexionó sobre el estatuto de ciudadano de la Unión. Tras repasar las principales sentencias relacionadas con esta cuestión, el Tribunal desechó la petición. Es necesario, pues, haberse desplazado de un Estado a otro para poder invocar los derechos derivados de la libre circulación.

Por su parte, la sentencia *L.N.*² estudió el caso de un sujeto de nacionalidad desconocida pero en todo caso ciudadano de la Unión, que había entrado en Dinamarca para realizar un trabajo por cuenta ajena. Con anterioridad, había tramitado su admisión en un centro de estudios de dicho país, que le fue concedida, solicitando a continuación una beca, que en este caso fue denegada.

El Sr. N. invocó en su favor el principio de igualdad de trato derivado de su condición de trabajador que había ejercitado la libre circulación, mientras que la Administración danesa entendió que su solicitud de admisión al estudio previa al trabajo indicaba que su finalidad principal era el estudio y no el trabajo, por lo que no gozaba de los derechos derivados de la condición de trabajador; en tanto que estudiante, podía denegársele. La cuestión clave, pues, era determinar si, a los efectos del Derecho de la Unión, el Sr. N era trabajador o estudiante.

Para ello, el Tribunal llevó a cabo una ponderación entre el estatuto de la Ciudadanía de la Unión, de carácter general y expansivo, y las excepciones a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad contenidas en la Directiva 2004/38/CE. De ésta se derivaba la fundamentación jurídica de la denegación³.

² La sentencia de 21 de febrero de 2013, L.N. y Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte, asunto C-46/12, ECLI:EU:C:2013:97.

³ Su artículo 24, apartado 2, dispone que ningún Estado miembro está obligado, antes de la adquisición del derecho de

La sentencia recordó que las excepciones deben ser siempre interpretadas de forma restrictiva, y en este sentido señaló que esta regla «no es oponible a las personas que hayan adquirido un derecho de residencia permanente ni a los “trabajadores por cuenta ajena, [a los] trabajadores por cuenta propia, [a las] personas que mantengan este estatuto o [a los] miembros de sus familias”».

El Tribunal recordó asimismo que la noción de trabajador tampoco puede ser interpretada de forma restrictiva, y que su característica esencial estriba 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. Realizar esta comprobación en el caso del Sr. N quedaba encomendado al Tribunal original, que debería verificar si éste desarrollaba actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. De ser así, sería trabajador y gozaría del derecho a obtener la beca disputada. Las intenciones previas y posteriores del trabajador carecían de relevancia a ojos del Tribunal, siempre que existiera la realización efectiva de trabajo.

Como ya se indicó, desde la sentencia *Unger* de 1964, el Tribunal de Justicia ha ido ampliando la noción de trabajador beneficiario de la libre circulación. En la sentencia *Saint*⁴, se estudió el caso de una profesora francesa en el Reino Unido que, incapaz de trabajar como tal por causa de su embarazo (que concluyó con un parto prematuro), abandonó toda actividad. Solicitó una prestación, que le fue denegada por su nacionalidad, ya que la Ad-

residencia permanente, a conceder ayudas de manutención por estudios, incluidos los de formación profesional, consistentes en becas o préstamos de estudios, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, las personas que mantengan dicho estatuto o los miembros de sus familias.

⁴ Sentencia de 19 de junio de 2014, *Jessy Saint Prix y Secretary of State for Work and Pensions*, en el que participa AIRE Centre, asunto C-507/12, ECLI:EU:C:2014:2007.

ministración británica no la consideraba como beneficiaria de la libre circulación al no ser ni trabajadora ni demandante de empleo. El Tribunal Supremo británico planteó la cuestión prejudicial al albergar dudas sobre este punto.

El Tribunal de Justicia comenzó analizando las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE, donde ciertamente no se contempla el embarazo como un escenario que permita extender el derecho de residencia. Señaló también que no puede ser equiparado en modo alguno a una enfermedad que implique incapacidad temporal – situación que ampara la residencia. Ahora bien, el Tribunal recordó una vez más que la noción de trabajador debe ser objeto de una interpretación amplia: «todo nacional de un Estado miembro que haya hecho uso del derecho a la libre circulación de los trabajadores y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE».

Señalando que uno de los contenidos de la libre circulación es el derecho a desplazarse para buscar un empleo, la sentencia subrayó que no hay exigencia de una relación laboral efectiva, como ya había señalado en los años 80 en *Lair y Universidad de Hannover*. En el caso de autos, la Sra. Saint Prix había trabajado y se había reincorporado a su puesto tras el parto. Carecía de sentido, a ojos del Tribunal, privarla en el interludio de su condición de trabajadora, habida cuenta de que el plazo transcurrido permanecía dentro de lo razonable. A la hora de valorar este plazo, hay que tener en cuenta la duración del permiso de maternidad. Como argumento adicional, la sentencia apuntó que a efectos del cómputo del período continuado de cinco años de residencia en el Estado miembro de acogida que permiten que los ciudadanos de la Unión tengan un derecho de residencia permanente en éste, la continuidad de dicha residencia no se verá afectada, entre otros, por una ausencia no superior a doce meses consecutivos por motivos importantes, como el embarazo y el parto. Con mayor motivo, argumentó, deberá

tenerse en cuenta esas situaciones para determinar la condición de trabajador. Lo contrario conllevaría una restricción de la libre circulación de las embarazadas, colectivo que recibe una especial protección por parte del Derecho de la UE.

3. CONDICIONES DE TRABAJO

La sentencia *Olympique*⁵ estudió la regulación francesa que obligaba a los denominados «jugadores promesa» (fichados en formación por un club) a firmar su primer contrato como profesionales con el equipo que les había formado. En el caso de autos, el jugador había fichado por el Newcastle, abandonando el Olympique Lyonnais, que le exigía una indemnización. Para intentar evitar tal pago, el jugador invocó una restricción de su derecho a la libre circulación, teniendo la duda el Tribunal planteante de si la formación de jugadores jóvenes era un objetivo legítimo que justificara tal obstáculo.

Los Gobiernos que intervinieron en el asunto consideraron casi unánimemente que la restricción era contraria, en efecto, a la libre circulación. Centrarón sus argumentaciones en el siguiente paso, la proporción de la medida y su admisibilidad como objetivo legítimo. El Tribunal siguió la misma senda, admitiendo el carácter restrictivo de la medida.

Desde la clásica sentencia *Bosman*, el Tribunal ha sostenido que habida cuenta de la considerable importancia social que revisten dentro de la Unión la actividad deportiva y, más especialmente, el fútbol, ha de reconocerse que el objetivo consistente en alentar la contratación y la formación de los nuevos jugadores es legítimo. Atendiendo al riesgo en que incurren los equipos al fomentar nuevas carreras, de incierto futuro, la sentencia consideró apropiado que existan medidas de

⁵ Sentencia de 16 de marzo de 2010, Olympique Lyonnais y Olivier Bernard, Newcastle FC (asunto C-325/08), ECLI:EU:C:2010:143.

blindaje, siempre que sean proporcionadas. En el caso concreto, el Tribunal consideró que el sistema no respetaba tal exigencia, al ir desvinculados los gastos de formación de la indemnización que se exigía al jugador al cambiar de club.

3.1. Exigencias lingüísticas

La sentencia *Las*⁶ pone de manifiesto los escenarios inusitados en los que pueden plantearse problemas relativos a la libre circulación de trabajadores. El Sr. Las, holandés residente en los Países Bajos, fue contratado por una empresa con domicilio en Bélgica, perteneciente a un grupo multinacional con sede en Singapur. Si bien la norma de la Comunidad Flamenca (la empresa estaba situada en Amberes) exige que todos los contratos de trabajo firmados en su territorio se redacten en flamenco, el contrato del Sr. Las fue hecho en inglés. Al extinguirse su relación laboral, solicitó la nulidad del contrato por dicha infracción, lo cual le habría otorgado una indemnización superior. La empresa señaló que al ser un contrato en el marco de la libre circulación, la norma lingüística carecía de efecto.

Interrogado el Tribunal de Justicia, éste recuperó su doctrina sobre el efecto de la libre circulación en los empresarios, que pueden valerse de ella para reclutar en condiciones que les sean favorables. En ese marco, la sentencia recordó que el artículo 45 TFUE se opone a cualquier medida que, aunque sea aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio por los nacionales de la Unión de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.

En defensa de la medida lingüística, el Gobierno belga alegó que respondía a una triple necesidad: en primer lugar, fomentar y estimular el uso de una de sus lenguas oficiales;

⁶ Sentencia de 16 de abril de 2013, Anton Las y PSA Anwerp NV, asunto C-202/11, ECLI:EU:C:2013:239.

en segundo lugar, garantizar la protección de los trabajadores, permitiéndoles tomar conocimiento de los documentos laborales en su propia lengua y gozar de una protección efectiva por parte de las instituciones representativas de los trabajadores y de las autoridades administrativas y judiciales a las que corresponda pronunciarse sobre esos documentos y, por último, garantizar la eficacia de los controles y de la vigilancia que efectúa la inspección de trabajo.

El Tribunal aceptó el primer motivo. Sin embargo, los otros dos fueron rechazados por su falta de proporcionalidad en lo que se refería al trabajo transfronterizo. La escasa flexibilidad, que impedía que dos partes por su libre consentimiento se vincularan en otra lengua, fue considerada por el Tribunal como una restricción injustificada y por lo tanto contraria al Derecho de la Unión.

Por su parte, la más reciente sentencia *Comisión contra Bélgica*⁷) estudió un problema similar al resuelto por la sentencia *Angonese* hace varios años. El único certificado lingüístico admitido por las Administraciones regionales belgas para concurrir a sus respectivas oposiciones era el emitido por un organismo situado en Bruselas. Esta exigencia, obviamente, favorece a los candidatos residentes en Bélgica y supone una discriminación por razón de nacionalidad. A pesar de que las autoridades belgas han iniciado la reforma oportuna, la sentencia condenó al Estado belga por el incumplimiento de sus obligaciones.

3.2. Empleo en las Administraciones Públicas

La sentencia *Barth*⁸ estudió el caso de un profesor de Universidad en Austria cuyo periodo de servicios en Alemania no fue teni-

⁷ Comisión contra Bélgica de 5 de febrero de 2015 (ECLI:EU:C:2015:63).

⁸ Sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, asunto C-542/08, ECLI:EU:C:2010:193.

do en cuenta para calcular un complemento salarial devengado conforme a la legislación austriaca. Modificada ésta en un sentido que le favorecía al tener en cuenta dicho tiempo, solicitó nuevamente el complemento, que le fue reconocido de forma parcial por la aplicación de reglas de prescripción. En el litigio original, el Sr. Barth atacó tal plazo por considerarlo contrario a la libre circulación de trabajadores.

La cuestión fue examinada por el Tribunal de Justicia desde la doble perspectiva de los principios de equivalencia (la tutela de los derechos concedidos por el ordenamiento de la Unión Europea debe transcurrir por vías que no sean menos favorables que las de los recursos semejantes de naturaleza interna) y efectividad (los mecanismos nacionales no pueden hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión).

Estudiando los requisitos de la legislación austriaca el Tribunal no apreció contradicción alguna con el primer principio, puesto que se regulaba de forma similar la situación derivada del Derecho interno que la derivada del Derecho de la Unión. Misma fortuna corrió el razonamiento sobre el principio de efectividad. La sentencia apuntó que el Derecho de la Unión no prohíbe que un Estado miembro oponga un plazo de caducidad a una solicitud que tiene por objeto obtener un complemento especial de antigüedad como el controvertido en el litigio principal, que no ha sido concedido, en contra de las disposiciones del Derecho de la Unión, aun cuando dicho Estado miembro no haya modificado sus normas nacionales para hacerlas compatibles con tales disposiciones. Matizó, eso sí, que tal situación sería válida salvo que el comportamiento de las autoridades nacionales, junto con la existencia del plazo de caducidad, implique que una persona haya quedado totalmente privada de la posibilidad de hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales nacionales. La petición del Sr. Barth, en definitiva, fue descartada.

La insistencia de Austria en el mantenimiento de cláusulas salariales que encubren discriminaciones por razón de nacionalidad no disminuye con el paso del tiempo. La sentencia *Zentralbetriebsrat*⁹ estudió las retribuciones del personal sanitario en el Land de Salzburgo. En la tierra de Mozart, para quienes siempre hubieran trabajado en servicios dependientes del Land, los períodos de empleo se computan íntegramente a efectos de la carrera profesional, mientras que, para el resto de los trabajadores, los períodos de empleo cubiertos antes de ser contratados por el Land únicamente se computan hasta el 60 %. De ello se sigue, en consecuencia, que los empleados que inician su actividad profesional en el Land son clasificados en un escalón retributivo superior que quienes han adquirido una experiencia profesional comparable y de la misma duración con otros empleadores.

Considerando que detrás de dicha regla podía detectarse una discriminación por razón de nacionalidad, la representación de los trabajadores impugnó judicialmente la medida. Para asegurarse de la compatibilidad de esta regla con el Derecho de la UE, el tribunal austriaco planteó la cuestión prejudicial.

Tras descartar las peticiones de la Administración de Salzburgo de inadmisión de la cuestión, el Tribunal comenzó caracterizando la discriminación indirecta, señalando en especial que «para que pueda calificarse una medida como indirectamente discriminatoria no es necesario que tenga como efecto favorecer a todos los nacionales del Estado miembro interesado, o desfavorecer sólo a los nacionales de los otros Estados miembros, con exclusión de los primeros». Dentro de esta amplia óptica, el Tribunal señaló que la regla perjudicaba sin duda alguna a quienes habían trabajado en otros lugares, pero también a quienes estaban a su servicio desde el inicio, puesto que restringía su libre circulación: «si deciden de-

⁹ Sentencia de 5 de diciembre de 2013, *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GMBH* y Land Salzburg, asunto C-514/12, ECLI:EU:C:2013:799.

jar los servicios del Land Salzburg, en caso de que desearan reincorporarse posteriormente a ellos, al calcular su retribución, todos los períodos de empleo que hubiesen cubierto hasta entonces se computarían únicamente de modo parcial».

No había duda para el Tribunal de que la medida enjuiciada encajaba en sus parámetros jurisprudenciales de obstáculo a la libre circulación. Debía, por lo tanto, analizar si existía alguna justificación objetiva para ella. Las alegaciones sobre su configuración como «prima de fidelidad» o los motivos de simplificación administrativa señalados fueron rechazadas por la sentencia como suficientes, no constituyendo, de acuerdo con la regla consagrada, razones imperiosas de interés general. La conclusión del Tribunal fue, por lo tanto, la colisión entre la normativa salzburguesa y el Derecho de la UE.

Una materia que nunca abandona la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que reaparece periódicamente es la reserva de puestos en la Administración Pública por los Estados miembros. La sentencia *Haralambidis*¹⁰ estudió el caso de un nacional griego nombrado como Presidente de la Autoridad Portuaria de Brindisi, en el sur de Italia. Dicho nombramiento fue impugnado por un nacional italiano con altas probabilidades de ser designado para el puesto si se consideraba que el puesto no estaba abierto para un extranjero. Ante las numerosas dudas surgidas en el proceso, el Consejo de Estado italiano planteó una cuestión prejudicial – bastante defectuosa en su formulación y que al estar organizada en forma de preguntas subsidiarias sólo fue respondida en la primera de sus cuatro preguntas.

La cuestión central del litigio era determinar si la prohibición de que un no italiano ocu-

para el puesto de Presidente constituía o no una discriminación por razón de nacionalidad. Para ello, debía determinarse en primer lugar si un puesto de esas características tenía, o no, la naturaleza de «trabajador». Dependencia y subordinación existen, puesto que el Ministro está por encima de él y tiene facultades de control. Por otra parte, siguiendo al Abogado General, el Tribunal señaló que en modo alguno el Presidente de una Autoridad Portuaria es un prestador de servicios independiente, puesto que «carece de las características que se suelen asociar con las funciones (...), a saber, mayor flexibilidad en lo que respecta a la elección del tipo de trabajo y de las tareas que han de ejecutarse, del modo en que dicho trabajo o tareas deben ser acometidas, del horario laboral, del lugar de trabajo y para seleccionar a sus propios colaboradores». La nota de retribución es obvia, puesto que cobra los emolumentos correspondientes a un Director General.

El hecho de que se trate de un puesto de confianza y no de una relación laboral ordinaria no fue tenido en cuenta por el Tribunal, que recordó su jurisprudencia sobre la falta de importancia de la naturaleza jurídica del vínculo a estos efectos, sea de Derecho público o de Derecho privado. Y aprovechó para volver a traer a la luz su polémica sentencia *Danosa*, con la que extendió los límites de la protección laboral a personas tradicionalmente excluidas.

El Presidente es, pues, un trabajador. Pero de acuerdo con el artículo 45.4 TFUE determinados puestos en la Administración Pública pueden reservarse por los Estados a sus propios nacionales. Desde el caso *Sotgiu* en 1974 la jurisprudencia ha sido abundante. Se puede sintetizar, en las propias palabras del Tribunal, con la siguiente regla: «la excepción prevista en el artículo 45 TFUE, apartado 4, no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos de Derecho público, no implican sin embargo ninguna participación en las actividades que competen a la Administración pública propiamente dicha».

¹⁰ Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Iraklis Haraa lambidis y Calogero Casilli, en el que participan: Autorità Portuale di Brindisi, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Regione Puglia, Provincia di Brindisi, Comune di Brindisi, Camera di Commercio Industria Artigianato ed Agricoltura di Brindisi, asunto C-270/13, ECLI:EU:C:2014:2185.

El siguiente punto de la sentencia, por lo tanto, era dirimir si un Presidente de Autoridad Portuaria tiene prerrogativas de poder público y de salvaguardia de los intereses generales del Estado. Examinando sus funciones, sólo dos de entre ellas podían tener esta naturaleza: la facultad de ordenar a todo aquel que ocupe abusivamente zonas de dicho dominio situadas dentro del recinto del puerto, que devuelva el lugar a su estado inicial, teniendo la facultad, en caso de inexecución de dicha orden, de ordenar de oficio dicha reposición a expensas del infractor; y garantizar la navegabilidad en la zona del puerto, así como la ejecución de tareas de excavación y mantenimiento de los fondos marinos, para lo cual puede tomar decisiones ejecutivas.

Ahora bien, en un razonamiento paralelo a *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, el Tribunal señaló que estas potestades son absolutamente esporádicas. La actividad diaria del Presidente se centra en la gestión económica y es una tarea técnica. Por todo ello, la sentencia declaró que la reserva italiana por nacionalidad era contraria al Derecho de la Unión Europea.

4. VENTAJAS SOCIALES

En la sentencia *Czop*¹¹ también las cuestiones prejudiciales se plantean por el Upper Tribunal (en este caso, Administrative Appeals Chamber), Reino Unido)

En el primer asunto, la Sra. Czop, nacional polaca, llegó al Reino Unido durante el año 2002, con un visado de estudiante y obtuvo, el 8 de diciembre de 2002, un permiso de residencia sin recurso a prestaciones públicas. La Sra. Czop trabajó por cuenta propia del año 2003 al mes de noviembre de 2005. Sus cuatro hijos viven con ella en el Reino Unido,

habiendo nacido los tres últimos hijos en el Reino Unido de padre también polaco, el Sr. Krzyzowski, quien realizó trabajos por cuenta propia entre 2002 y 2007 viéndose obligado a abandonar Reino Unido en 2008, regresando en el 2010 para vivir con sus hijos y la Sra Czop. El hijo mayor de ésta nació en Polonia de padre distinto y se fue a vivir con su madre al Reino Unido siguiendo el sistema educativo desde el año 2006, no estando ninguno de sus hijos escolarizados en el Reino Unido cuando ella trabajaba, entre 2003 y 2005, por cuenta propia. Habiendo solicitado el complemento de ingresos la solicitud le fue denegada por considerar que dicha Sra tenía la condición de «persona de origen extranjero» por el hecho de que no contaba con permiso de residencia y, con arreglo a la normativa interna el Reglamento del complemento de ingresos de 1987, para tener derecho al complemento de ingresos se exige residencia habitual en el Reino Unido, las islas Anglonormandas, la isla de Man o Irlanda so pena de que en otro caso son considerados como personas de origen extranjero sin derecho al complemento de ingresos. En instancia se estimó el recurso de la Sra Czop por considera que ésta gozaba del derecho de residencia y por consiguiente del derecho al complemento, pero luego se recurrió dicha decisión ante el Upper Tribunal (Administrative Appeals Chamber) (Reino Unido).

En el otro asunto acumulado, la Sra. Punakova, nacional checa, llegó al Reino Unido el 3 de marzo de 2001 y trabajó por cuenta propia como limpiadora del 16 de noviembre de 2007 al 8 de septiembre de 2008. Sus tres hijos nacieron en el Reino Unido, el primero de ellos Nikholas Buklierius fue escolarizado una semana antes de que la Sra. Punakova dejara de trabajar por cuenta propia. Al solicitar esta señora el complemento de ingresos, también le fue denegada por considerar que la interesada tenía la condición de «persona de origen extranjero», estimándose después su recurso y recurrida la resolución también por el Secretary of State for Work and Pensions recurrió la resolución del First-tier Tribunal ante el tribunal remitente.

¹¹ STJUE de 6 de septiembre de 2012, Secretary of State for Work and Pensions y Lucja Czop (asunto C-147/11), Margjita Punakova (asunto C-148/11), asuntos acumulados C-147/11 y C-148/11, ECLI:EU:C:2012:538.

En ambos casos se pregunta si nacionales (polacas/checas) que llegaron al Reino Unido antes de que su país se adhiriera a la Unión Europea y que se establecieron como trabajadoras por cuenta propia en virtud del art. 49 TFUE (antes de la adhesión o después de ella), que permanecieron en el Reino Unido (donde siguieron trabajando por cuenta propia o comenzaron a trabajar por cuenta propia) tras la adhesión de su país a la Unión, que ya no trabajan por cuenta propia y que tienen la guarda efectiva de un menor (que llegó al Reino Unido y se escolarizó después de la adhesión de su país a la Unión y de que hubiera dejado de trabajar por cuenta propia, en el caso de la Sra. Czop; o que se escolarizó mientras ella estaba establecida como trabajadora por cuenta propia en el caso de la Sra. Punakova) ¿tiene derecho a residir en el Reino Unido basándose (aislada o acumulativamente) en que: a) es aplicable el Reglamento n° 1612/68, b) existe un principio general del Derecho de la Unión que equipara a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia; c) se obstaculizaría o se desalentaría el ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento si se le denegase el derecho de residencia?

El artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 reconoce a los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro el derecho a ser admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio. Este derecho de acceso a la educación implica el derecho de residencia del hijo de un trabajador migrante o de un antiguo trabajador migrante, cuando este hijo desea continuar sus estudios en el Estado miembro de acogida, y un derecho de residencia correlativo en favor del progenitor que ejerce efectivamente la custodia de este hijo. De la jurisprudencia comunitaria, asimismo, basta que el hijo que cursa estudios en el Estado miembro de acogida se haya establecido en este último cuando uno de sus progenitores ejercía allí el derecho

de residencia como trabajador migrante. El derecho del hijo a residir en dicho Estado para cursar estudios, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 y, en consecuencia, el derecho de residencia del progenitor que ejerce efectivamente su custodia, además, no pueden estar supeditados al requisito de que uno de los progenitores del hijo haya ejercido, en la fecha en que éste último comenzó sus estudios, una actividad profesional como trabajador migrante en el Estado miembro de acogida.

En la sentencia el TJUE declara que el artículo 12 del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, debe interpretarse en el sentido de que atribuye a la persona que ejerce efectivamente la custodia de un hijo de un trabajador migrante o de un antiguo trabajador migrante, que cursará sus estudios en el Estado miembro de acogida, un derecho de residencia en el territorio de ese Estado, siendo así que dicho artículo no puede ser interpretado en el sentido de que atribuye tal derecho a quien ejerza efectivamente la custodia de un hijo de un trabajador por cuenta propia.

Por ello la Sra Punakova ostenta en virtud de dicho precepto un derecho de residencia, en su condición de madre de un hijo de un trabajador migrante, hijo del que ejerce efectivamente su custodia y que cursa estudios primarios. Pero no así la Sra Czop quien no puede derivar un derecho de residencia del solo hecho de que ejerza efectivamente la custodia de su hijo Lukasz Czop, que se incorporó al sistema educativo del Reino Unido durante el año 2006 pues ni ella ni el padre de su hijo trabajaron en el Reino Unido por cuenta ajena y del tenor claro y preciso del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, que menciona «los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado», resulta que este precepto únicamente se aplica a los hijos de los trabajadores por cuenta ajena; interpretación literal que confirma la propia estructura del reglamen-

to tras su modificación (ap. 31) y que impide una interpretación extensiva a los trabajadores por cuenta propia.

Cuestión distinta es que la residencia permanente le corresponda a la Sra. Czop en virtud del artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38 porque en ausencia de disposiciones específicas en el Acta de adhesión, los períodos de residencia de un nacional de un tercer Estado en el territorio de un Estado miembro, transcurridos antes de la adhesión de ese tercer Estado a la Unión, que se hayan cubierto de conformidad con las condiciones enunciadas en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38, deben computarse a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud del artículo 16, apartado 1, de ésta y la Sra. Czop residió antes del 29 de mayo de 2008, fecha en la que solicitó la concesión del complemento de ingresos, durante un período continuado de más de cinco años en el Reino Unido. Residiendo «legalmente» de acuerdo con el art. 16.1 de dicha directiva pues aunque no hubiese trabajado por cuenta propia durante cinco años en el Reino Unido y no cumpliese, por tanto, los requisitos fijados en la letra b) de dicho precepto. De ello concluye el TJUE que el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, debe interpretarse en el sentido de que un ciudadano de la Unión, nacional de un Estado miembro que se ha adherido recientemente a la Unión Europea, puede invocar, en virtud de dicho precepto, un derecho de residencia permanente cuando hubiera residido durante un período continuado de más de cinco años en el Estado miembro de acogida, una parte del cual hubiera transcurrido con anterioridad a la adhesión del primero de dichos Estados a la Unión Europea, en la medida en que hubiese residido de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38.

La sentencia *Caves Krier Frères*¹² estudió la negativa de la Administración luxemburguesa a abonar a una empresa de dicho país una bonificación por la contratación de una nacional que residía en Alemania (aunque había desarrollado toda su vida laboral en Luxemburgo), alegando que no figuraba inscrita como demandante de empleo en el Gran Ducado sino en la República Federal. Considerando que esta exigencia podía implicar una discriminación por razón de nacionalidad fundada en la residencia, el Tribunal luxemburgués planteó la cuestión prejudicial.

Varios Estados miembros presentaron observaciones en este litigio, muchas de ellas encaminadas a impedir su celebración. El Tribunal desechó estas alegaciones iniciales, abordando libremente el fondo del asunto (como suele ser habitual). El principio del razonamiento se encaminó a caracterizar a la protagonista del caso como «trabajadora» en el sentido del artículo 45 TFUE. En tanto que demandante de empleo, y recurriendo a la doctrina de la sentencia *Martínez Sala*, el Tribunal consideró que en efecto lo era, y que por lo tanto gozaba de todos los beneficios de la libre circulación. Pero no solo ella, sino también su empleador, como el Tribunal ya había establecido en sentencias anteriores.

El Gobierno luxemburgués intentó con todo detener el procedimiento señalando que el tribunal nacional había interpretado erróneamente la normativa y que cualquiera podía inscribirse en los servicios de empleo luxemburgueses, con independencia de su residencia. El Tribunal, valorando la documentación que había sido puesta a su disposición, hizo caso omiso de estas alegaciones.

Atendiendo a todo ello y no habiendo proporcionado el Gobierno luxemburgués justificación objetiva alguna sobre esta regla, el Tribunal declaró la incompatibilidad del sis-

¹² Sentencia de 13 de diciembre de 2012, *Caves Krier Frères Sàrl* contra *Directeur de l'Administration de l'emploi*, asunto C-379/11, ECLI:EU:C:2012:798.

tema de ayudas con el Derecho de la Unión Europea. Esta sentencia continúa, pues, el camino abierto por la sentencia *ITC* años atrás para favorecer la intermediación laboral transnacional.

La sentencia *Giersch*¹³ se ha ocupado de detectar y remover una nueva discriminación indirecta, basada en la nacionalidad, dentro del ordenamiento de un Estado miembro. Todos los demandantes en el litigio principal (y 600 más, según indica la sentencia) eran hijos de trabajadores en Luxemburgo que residían fuera del Gran Ducado. Al solicitar una beca para cursar estudios universitarios, les fue denegada, aduciendo la Administración luxemburguesa que incumplían el requisito de residencia. Alegando que dicho era requisito era de más fácil cumplimiento para los nacionales luxemburgueses (quienes además podían obtener la ayuda simplemente por motivo de la nacionalidad), los demandantes orientaron su petición en sede judicial como una discriminación por razón de nacionalidad, al tratarse de una ventaja social de acuerdo con el Reglamento (CEE) n° 1612/68.

No es la primera vez que el Tribunal señala que ayudas de este tipo entran en el ámbito del Reglamento, como hizo tiempo atrás en la sentencia *Bernini*. Desde esa óptica, la sentencia señaló tajantemente que el requisito de residencia era discriminatorio y que sólo podría admitirse por motivos objetivos y justificados. El análisis de dicha motivación constituye el punto más interesante de la sentencia.

El Gobierno luxemburgués ofreció un primer motivo: el objetivo elevar la tasa de ciudadanos con estudios superiores del 28% al 66 % (ambicioso objetivo, ciertamente). Sólo se ayudaría a los residentes ya que estos son los que retornarían a Luxemburgo tras haber cursado sus estudios en el extranjero, mientras que los

no residentes no se instalarían en el Gran Ducado, perdiéndose la inversión formativa. El segundo motivo tenía carácter presupuestario, pero fue abortado por el Tribunal de forma expeditiva, señalando que la eficacia del Derecho de la Unión no puede quedar sometida a consideraciones económicas variables.

El meollo, pues, era «el retorno de los cerebros», que a ojos del Tribunal sí tenía carácter legítimo. A esta situación, no obstante, debía añadir el ser apropiado. Los demandantes señalaban su integración en Luxemburgo, argumento respaldado por la Comisión. La sentencia señaló, no obstante, que el grado de integración era diferente entre trabajadores ordinarios y fronterizos, admitiendo parte de la argumentación gubernamental.

El último examen que debía superar la medida era la proporcionalidad, esto es, decidir si la medida iba más allá de lo necesario para el cumplimiento de sus objetivos. Para esta valoración, el Tribunal consideró una serie de situaciones. El hijo de un trabajador migrante que residiera con sus padres en un Estado miembro fronterizo del Gran Ducado de Luxemburgo y que deseara estudiar en este Estado está excluido del beneficio de la ayuda económica del Estado para estudios superiores. Por lo demás, aunque sus padres residan en Luxemburgo, los estudiantes no residentes en la fecha de la solicitud de ayuda están excluidos del beneficio de tal ayuda, aun cuando sus padres continúen sufragando su manutención. Además, el efecto del régimen de ayuda económica controvertido en los asuntos principales es excluir del beneficio de dicha ayuda a los hijos de trabajadores no residentes que desde hace mucho tiempo trabajen en Luxemburgo. Todo ello condujo a determinar que el régimen luxemburgués era excesivamente estricto en sus condiciones y por lo tanto contrario al Derecho de la Unión.

Ha tenido especial relieve mediático la sentencia *Dano*¹⁴. En ella se estudió la situa-

¹³ Sentencia de 20 de junio de 2013, Elodie Giersch, Benjamin Marco Stemper, Julien Taminiaux, Xavier Renaud Hodin, Joëlle Hodin y Estado del Gran Ducado de Luxemburgo, en el que interviene: Didier Taminiaux, asunto C-20/12, ECLI:EU:C:2013:411.

¹⁴ Sentencia de 11 de noviembre de 2014, Elisabeta Dano, Florin Dano y Jobcenter Leipzig, asunto C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358

ción de una mujer rumana con un hijo, que vivían en Alemania en casa de la hermana de ella y percibían una ayuda estatal por hijo a cargo y una pensión alimenticia¹⁵. Al solicitar una prestación no contributiva, ésta le fue denegada por las autoridades alemanas, por considerar que carecía de conexiones con el mercado de trabajo alemán. En el marco de la impugnación de dicho rechazo, se planteó la cuestión prejudicial.

Tras un breve estudio del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, la sentencia recordó que las prestaciones especiales en metálico no contributivas deben concederse únicamente de conformidad con la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residen la persona interesada o los miembros de su familia, totalizando, según las necesidades, los períodos de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado miembro y sin discriminación alguna basada en la nacionalidad. Se conceden sin perjuicio de la nacionalidad, pero no se exportan al ser válidas las cláusulas de residencia, tal es su especialidad.

El Tribunal centró a continuación su análisis en el artículo 18 TFUE y en el artículo 20 TFUE, la prohibición general de discriminación por razón de nacionalidad y el estatuto del ciudadano de la Unión. Si bien repitió su consolidada jurisprudencia sobre ambas cuestiones, pronto llevó el debate jurídico a las medidas específicas que resultan de aplicación en este caso, concretamente la Directiva 2004/38/CE.

Su artículo 24.2 permite a los Estados no otorgar prestaciones de asistencia social du-

¹⁵ Las circunstancias personales de la Sra. Dano son descritas así por el Tribunal: «La Sra. Dano fue a la escuela durante tres años en Rumanía, pero no obtuvo ningún certificado de fin de estudios. Entiende el alemán hablado y puede expresarse de forma sencilla en dicha lengua. En cambio, no es capaz de escribir en tal lengua y sólo de modo limitado puede leer textos redactados en alemán. No tiene cualificación profesional y, hasta ahora, no ha ejercido ninguna actividad profesional ni en Alemania ni en Rumanía. Aunque nunca se ha discutido su capacidad para trabajar, nada induce a pensar que haya buscado trabajo».

rante los primeros tres meses de residencia y eximirse del pago de diversas ayudas antes de la obtención de la residencia permanente a quienes no sean trabajadores. Como la Sra. Dano llevaba en el momento del litigio más de tres meses en Alemania y había obtenido un certificado de residencia del Ayuntamiento de Leipzig, el Tribunal declaró que el precepto no era aplicable.

El marco jurídico era, por lo tanto, el artículo 24.1 de la Directiva, que establece un principio de igualdad de trato, pero condicionado al cumplimiento de los requisitos que establece la propia Directiva. Recuérdese que entre los objetivos de la norma se encuentra evitar que determinadas personas se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. De ahí la categórica afirmación del Tribunal: «admitir que personas que no disfrutaban del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38/CE puedan reclamar un derecho a percibir prestaciones sociales en las mismas condiciones que las aplicables a los propios nacionales iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, recogido en su décimo considerando, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida.»

Y continuó el Tribunal: «un Estado miembro debe tener la posibilidad, con arreglo al citado artículo 7, de denegar las prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica y ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia.»

Dado que la Sra. Dano no ejercía actividad económica alguna, el Tribunal reconoció la licitud de la Administración alemana en su negativa. Las alegaciones a propósito de la Carta de Derechos Fundamentales, una vez más, no prosperaron.

5. RECONOCIMIENTO DE TÍTULOS

El reconocimiento de títulos, uno de los aspectos colaterales de la libre circulación, gana importancia año a año en la jurisprudencia y en los últimos tiempos es una presencia constante en la actividad del Tribunal de Justicia. La validez de los estudios cursados en un Estado miembros para acceder al mercado de trabajo de otro Estado continúa generando problemas de reconocimiento al no estar homologados todavía ni estudios ni requisitos de actividad. De ahí que la búsqueda de empleo pueda verse obstaculizada por problemas formales derivados de la validez de los estudios. Estas dificultades ponen de manifiesto una vez más la evolución de la libre circulación. Se ha pasado de un escenario de movimiento de mano de obra poco cualificada¹⁶ a otro donde trabajadores de alta cualificación son los que buscan empleo dentro de la Unión.

5.1. Abogados

Prueba de estas dificultades, o de una cierta tendencia querulante entre los juristas que ejercitan su derecho a la libre circulación, son las sentencias dictadas en los años anteriores sobre distintas trabas (o distintos subterfugios) a este respecto, de las que aquí se expondrán dos a modo de ejemplo.

La sentencia *Pésła*¹⁷ tuvo como protagonista a un ciudadano polaco que pretendía acceder en Alemania a las prácticas preparatorias para las profesiones jurídicas sin haber aprobado el examen de aptitud que autoriza

su realización. La legislación del *Land* alemán implicado permite dispensar de este examen a los titulados en otros Estados si sus conocimientos y aptitudes corresponden a los conocimientos y aptitudes acreditados mediante la superación de una parte del examen de Estado. Para ello, se analiza el título universitario y los justificantes presentados, en especial, los justificativos de las cualificaciones o de la experiencia profesional. Cuando este examen ponga de manifiesto que no existe equivalencia o que ésta es parcial, se procederá a la realización de una prueba de aptitud, si así se solicita. La solicitud del Sr. Pésła, titulado en Polonia y con estudios complementarios en Alemania, fue rechazada por la Administración alemana señalando que sus conocimientos de Derecho germano no estaban a la altura de lo que se esperaba del examen de Estado. El demandante alegó en juicio contra dicha resolución que un título extranjero no podría en ningún caso cumplir dicho criterio, dado que, con carácter general, el Derecho alemán no se imparte en los otros Estados miembros, vaciando de contenido la legislación indicado y restringiendo la libre circulación.

El primer problema al que se enfrentó el Tribunal de justicia para resolver la cuestión fue el de determinar la normativa comunitaria aplicable, puesto que la Directiva 98/5/CE¹⁸ no puede ser invocada por quien no ha obtenido todavía la habilitación para ejercer tal actividad. La sentencia recurrió, por este motivo, al propio Tratado de la Comunidad Europea, invocando directamente los artículos 39 y 43 TCE (actuales 45 y 49 TFUE). Consideró el Tribunal que las distintas restricciones contenidas en el Tratado a propósito de limitaciones en el empleo público no eran aplicables al caso, por la naturaleza mixta de las prácticas controvertidas. Entrando ya en el fondo de la cuestión, el Tribunal expuso una síntesis de su jurisprudencia en la materia, recordando

¹⁶ En las palabras un tanto desconcertantes del Informe Spaak, «On pourrait même soutenir qu'il y a un intérêt commun à faciliter les mouvements de la main-d'œuvre à proportion qu'elle est moins qualifiée: c'est celle-ci, en effet, qui trouve le plus difficilement à s'employer dans le pays où le chômage est étendu; dans les pays d'immigration, elle vient relayer la main-d'œuvre nationale, qui peut ainsi rechercher les métiers mieux rémunérés ou moins pénibles».

¹⁷ Sentencia de 10 de diciembre de 2009, Krzysztof Peśła contra Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern, asunto C-345/08, ECLI:EU:C:2009:771.

¹⁸ Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título.

que las autoridades de un Estado miembro están obligadas, cuando examinan una solicitud de un nacional de otro Estado dirigida a obtener el acceso a un período de formación práctica para ejercer una profesión regulada, a tomar en consideración la cualificación profesional del interesado comparando, por una parte, la cualificación acreditada por sus títulos, certificados y otros diplomas, así como por su experiencia profesional pertinente, y, por otra, la cualificación profesional exigida por la legislación nacional. Se debe comprobar con ello la equivalencia del título extranjero, teniendo en cuenta exclusivamente el grado de conocimientos y de cualificación que, atendidas la naturaleza y la duración de los estudios y formaciones prácticas correspondientes, ese título permite presumir a favor del titular.

Toda esta argumentación no implica, sin embargo, un reconocimiento automático, puesto que un Estado miembro puede tomar en consideración las diferencias objetivas relativas tanto al marco jurídico de la profesión de que se trate en el Estado miembro de procedencia como a su ámbito de actividad. En el caso de la profesión de abogado, el Tribunal consideró que esta diferenciación está especialmente justificada y la *sustancia* debe primar sobre la *forma*. Lo contrario, como de forma aguda apuntó el órgano proponente, implicaría en una reducción al absurdo admitir que un candidato pueda acceder a las prácticas preparatorias sin poseer los más mínimos conocimientos tanto de Derecho alemán como de la lengua alemana. La última cuestión prejudicial planteada por el Tribunal se refería a la posibilidad de que los Estados exijan para el reconocimiento requisitos inferiores a los que se exigirían normalmente a los nacionales del Estado. La respuesta fue ambigua: el artículo 39 TCE (actual 45 TFUE) ni lo impone ni lo prohíbe. Eso sí, el reconocimiento, siquiera parcial, debe poder ser viable, para no variar de contenido la normativa comunitaria¹⁹.

¹⁹ Extensamente al respecto, BLÁZQUEZ PEINADO, M.D., La competencia de los Estados relativa a la fijación de las condiciones de acceso a las profesiones jurídicas reguladas: la necesi-

La posterior sentencia *Koller*²⁰ volvió sobre la cuestión, en este caso a propósito de la homologación del título de Abogado para poder ejercer la profesión en un país distinto de aquel en que se obtuvo. El Sr. Koller disponía de un diploma austriaco en Derecho que homologó en España, cursando el quinto año de la Licenciatura en Derecho, y mediante el cual accedió a la profesión de abogado en nuestro país. Al mes siguiente, solicitó participar en la prueba de aptitud en Austria, solicitando dispensa por la posesión del título. Dicha petición fue denegada, sosteniéndose que pretendía esquivar los cinco años de prácticas obligatorias mediante el subterfugio español. El Sr. Koller obtuvo del Tribunal Constitucional austriaco la anulación de la denegación y al plantearse por segunda vez el asunto tuvo origen la cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia, enfrentado con el caso, señaló que quien está en posesión de un título expedido en el Estado miembro de acogida que acredita haber concluido un ciclo de estudios universitarios de más de tres años de duración y de un título equivalente expedido en otro Estado miembro tras una formación complementaria de menos de tres años, que lo habilitan para acceder, en ese último Estado, a la profesión regulada de abogado que ejercía efectivamente en dicho Estado en el momento en que solicitó ser admitido a la prueba de aptitud, puede invocar las disposiciones de la Directiva 89/48/CEE con el objetivo de acceder, siempre que supere una prueba de aptitud, a la profesión regulada de abogado en el Estado miembro de acogida. En línea con otras sentencias anteriores, el Tribunal recordó que para la concreta profesión de abogado es posible exigir la superación de una prueba de aptitud. Ahora bien, recordó el Tribunal, la negativa a permitir participar al Sr. Koller

sidad de compatibilizarla con el ejercicio efectivo de la libre circulación de trabajadores, a propósito de la sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 2009, *Pesla*, *Revista General de Derecho Europeo*, 21, 2010.

²⁰ Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Robert Koller, asunto C-118/09, ECLI:EU:C:2010:805.

por no haber realizado sus prácticas en Austria resultaba contraria al sistema de reconocimiento de títulos, lo que flexibiliza de forma muy importante sistemas tan rígidos como el austriaco.

En la sentencia **Torresi**²¹ el Tribunal estudió el caso de dos titulados en Derecho italianos que obtuvieron sucesivamente sus diplomas en Italia y en España y posteriormente se inscribieron como abogados ejercientes en Santa Cruz de Tenerife. Al solicitar la colegiación en Italia como abogados con título de abogado expedido en otro Estado, pero ejercientes en Italia, el Colegio de Macerata no les dio respuesta alguna, bloqueando su inscripción. El Consejo Nacional de la Abogacía consideró que el regreso inmediato de los dos italianos tras colegiarse en España ocultaba un fraude de ley, si bien por las dudas a propósito de la Directiva 98/5/CE elevó la cuestión prejudicial. Merece la pena resaltar el ángulo desde el que se plantearon las preguntas, ya que una respuesta afirmativa por parte del Tribunal implicaría reconocer que el Derecho de la Unión ampara un fraude.

La primera parte de la sentencia, de gran enjundia técnica, estuvo dedicada a comprobar si el Consiglio Nazionale Forense podía plantear una cuestión prejudicial. El Tribunal consideró que era apropiado y que lo preguntado no constituía en modo alguno un «acto claro» (curiosamente, esta doctrina está reapareciendo a menudo en la jurisprudencia reciente, si bien el Tribunal suele hacer caso omiso de ella).

Sentadas estas premisas, el Tribunal abordó en su segunda parte el fondo de la cuestión. Comenzó recordando que el objetivo de la Directiva 98/5/CE es facilitar el ejercicio profesional en los distintos Estados miembros, a través del reconocimiento mutuo. En este sentido, recordó que ya existe jurisprudencia

anterior que señala que «la presentación ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida de una certificación de inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de origen es el único requisito al que debe supeditarse la inscripción del interesado en el Estado miembro de acogida para permitirle ejercer en él con su título profesional de origen».

Ahora bien, la sentencia recordó que existe retirada jurisprudencia según la cual los justiciables no pueden prevalerse de sus normas de forma abusiva y fraudulenta. Para determinar la existencia de una conducta de este tipo, la sentencia exigió la concurrencia de un elemento objetivo («que, a pesar de haberse respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el fin perseguido por dicha normativa») y de un elemento subjetivo («una voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención»).

A juicio del Tribunal, «la circunstancia de que el nacional de un Estado miembro haya elegido adquirir una cualificación profesional en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside para beneficiarse en él de una legislación más favorable no permite por sí solo concluir que existe un fraude de ley». Por su parte, la falta de tiempo no tenía transcendencia alguna, ya que no es un requisito exigido en la Directiva para el reconocimiento. Por todo ello, la sentencia concluyó que no existía práctica abusiva.

La segunda cuestión prejudicial, que preguntaba por el choque entre ese artículo y el principio del TUE de respeto a las instituciones nacionales, fue desechada con brevedad y oscuridad por el Tribunal. Cabe preguntarse qué puede constituir un fraude de ley para el Tribunal tras haber admitido este mercado en el acceso a la profesión de abogado. Y también cabe preguntarse si se habría dado la misma respuesta si se hubiera tratado del acceso en Alemania, con su terrible Examen de Estado

²¹ Sentencia de 17 de julio de 2014, Angelo Alberto Torresi, Pierfrancesco Torresi y Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata, asuntos acumulados C-58/13 y C-59/13, ECLI:EU:C:2014:2088.

5.2. Ingenieros

No aquejados de sesgo profesional alguno, los problemas de los ingenieros griegos ante el Tribunal de Justicia también abundan en los últimos tiempos. La sentencia *Vandorou*²² se ocupó de tres asuntos acumulados, en los que nacionales griegos con titulación académica y experiencia en el extranjero eran sometidos por la Administración helénica a un periodo de prácticas o a exámenes para la homologación de sus títulos. La cuestión litigiosa residía en determinar si su trayectoria equivalía a la «experiencia profesional» establecida en la Directiva 89/48/CEE como objeto de homologación.

En una formulación general, el Tribunal señaló que en la medida en que toda experiencia práctica en el ejercicio de actividades afines puede aumentar los conocimientos de un solicitante, corresponde a la autoridad nacional competente tomar en consideración toda experiencia práctica útil para el ejercicio de la profesión a la cual se solicita acceder. El valor preciso que debe otorgarse a dicha experiencia será determinado por la autoridad competente a la luz de las funciones específicas ejercidas, de los conocimientos adquiridos y aplicados en el ejercicio de dichas funciones, así como de las responsabilidades y del grado de independencia conferidos al interesado en cuestión.

Por su parte, la posterior sentencia *Ioanni Toki*²³ ha fijado claramente qué debe entenderse como experiencia profesional para lograr el reconocimiento de actividades anteriores llevadas a cabo en otro país. La Directiva 89/48/CEE considera actividad profesional regulada, además de aquellas sometidas a la posesión de un título, a la actividad profesional

ejercida por los miembros de una asociación u organización cuyo objetivo sea promover y mantener un nivel elevado en el ámbito profesional de que se trate y que, para alcanzar dicho objetivo, goce de un reconocimiento bajo una forma específica otorgada por un Estado miembro y que expida un título a sus miembros, dicte normas profesionales a las que habrán que atenerse sus miembros, y confiera a éstos el derecho de ostentar un título, abreviatura o condición que correspondan a tal título. En el Reino Unido, las actividades correspondientes a la profesión de ingeniero están reguladas por el Engineering Council, mencionado expresamente en la Directiva 89/48/CEE como uno de estos casos. La demandante en el litigio original se inscribió como miembro en prácticas, mientras impartía docencia en el Departamento de Ingeniería Civil de una Universidad británica. Al desplazarse a Grecia, solicitó el reconocimiento de esta actividad para poder ejercer como ingeniero medioambiental, que le fue denegado, al no haber alcanzado el nivel de miembro de pleno derecho del Engineering Council.

El Tribunal estableció en primer lugar qué mecanismo de reconocimiento de los recogidos en la Directiva era aplicable al caso, el señalado en el «ejercicio efectivo de la profesión» durante dos años. Para la sentencia, el requisito de la experiencia profesional de esa duración se refiere al carácter real de la posibilidad de que el solicitante ejerza la profesión de que se trate en el Estado miembro de origen. A estos efectos, carece de pertinencia saber en qué contexto organizativo y estatutario un solicitante ha ejercido su profesión en el Estado miembro de origen o el hecho de que su empresario en el referido Estado miembro fuese un organismo sin ánimo de lucro. Tampoco es necesario que un solicitante se haya dedicado total y exclusivamente al conjunto de las actividades que constituyen la profesión de que se trata para que pueda tenerse en cuenta su experiencia profesional.

De acuerdo con esta doctrina, el Tribunal señaló que la cuestión de cuáles son las actividades profesionales que constituyen una

²² Sentencia de 2 de diciembre de 2010, Vassiliki Stylianou Vandorou, Vasilios Alexandrou Giankoulis, Ioannis Georgiou Askoxilakis y Ypourgos Ethnikis Paideias kai Thriskevmaton, asuntos acumulados C-422/09, C-425/09 y C-426/09, ECLI:EU:C:2010:732.

²³ Sentencia de 5 de abril de 2011, Christina Ioanni Toki y Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton, asunto C-424/09, ECLI:EU:C:2011:210.

profesión determinada es principalmente una cuestión de hecho a la que deben dar respuesta las autoridades competentes de los Estados miembros bajo el control de los órganos jurisdiccionales nacionales, en su caso, recurriendo a la asistencia de las autoridades del Estado miembro de origen, comprobando si la actividad consiste principalmente en una experiencia práctica y vinculada al mercado laboral correspondiente a la profesión de que se trate. En este sentido, el Tribunal no consideró que las funciones en la Universidad de la demandante encajaran en esta caracterización.

La segunda parte del fallo de esta sentencia constituye una excelente síntesis de la noción de experiencia profesional: «la experiencia profesional que invoca el solicitante de una habilitación para ejercer una profesión regulada en el Estado miembro de acogida debe reunir los tres requisitos siguientes: la experiencia invocada debe consistir en un trabajo ejercido a tiempo completo durante al menos dos años en el curso de los diez años anteriores; dicho trabajo tiene que haber consistido en el ejercicio constante y regular de un conjunto de actividades profesionales que caracterizan la profesión de que se trate en el Estado miembro de origen, sin que sea necesario que dicho trabajo haya cubierto la totalidad de las referidas actividades, y la profesión, tal como normalmente se ejerce en el Estado miembro de origen, debe ser equivalente, en lo que atañe a las actividades que abarca, a aquella para cuyo ejercicio se ha solicitado la habilitación en el Estado miembro de acogida».

5.3. Arquitectos

La sentencia *Ordine degli ingegneri*²⁴ ha vuelto a pronunciarse sobre el sistema europeo de reconocimiento de títulos, que afecta principalmente a los trabajadores más preparados (y en ocasiones a algunos espabilados que pretenden obtener importantes ventajas).

²⁴ Sentencia de 21 de febrero de 2013, *Ordine degli ingegneri*, asunto C-111/12, ECLI:EU:C:2013:100.

La Directiva 85/384/CEE se ocupa en concreto de los títulos que habilitan para el ejercicio de la profesión de arquitecto.

En Italia, lugar de proveniencia de la cuestión prejudicial, los ingenieros civiles que hayan obtenido sus títulos en el propio país están excluidos de las obras de construcción civil que presenten un carácter artístico relevante o estén relacionadas con la restauración y la rehabilitación de los edificios de interés cultural. Desde hace años, los ingenieros italianos han estado combatiendo jurídicamente esta situación, obteniendo un auto del propio Tribunal de Justicia en 2004 en el que no se negaba la existencia de una discriminación, pero que no podía ser analizada por el Tribunal al ser un asunto exclusivamente interno. El último episodio llevó hasta el Consejo de Estado, cima de la jurisdicción contenciosa en Italia, que fue el responsable del planteamiento de la cuestión prejudicial a propósito de los ingenieros civiles extranjeros.

En esta ocasión, el Tribunal sí decidió entrar en el fondo del asunto, desviando el hecho de que se trataba de una situación interna a través del reconocimiento de una posible discriminación inversa. Comenzó señalando que del texto de la Directiva no cabía inferir que ésta permitiese a dicho Estado miembro supeditar el ejercicio de las actividades que afectasen a inmuebles de interés artístico a la comprobación de las calificaciones de los interesados en dicho ámbito. Ello equivaldría a permitir la exigencia de pruebas adicionales, lo que choca con la finalidad de la Directiva.

Recordó a continuación el Tribunal su jurisprudencia sobre el sentido de estas normas, que se traducen en que si los arquitectos que poseen un título expedido por el Estado miembro de acogida ejercen habitualmente una determinada actividad, un arquitecto migrante que posea un diploma, certificado u otro título comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva también debe tener acceso a dicha actividad, incluso si sus diplomas, certificados u otros títulos no implican necesariamente que exista una equivalencia material en la formación recibida.

A partir de ahí, el razonamiento se volvió un tanto opaco, sin que quede claro el camino mental del Tribunal para llegar a su juicio final. Éste fue que la normativa europea se opone a la nacional según la cual las personas que estén en posesión de un título expedido por un Estado miembro distinto del Estado miembro de acogida que dé acceso a las actividades en el sector de la arquitectura y aparezca mencionado expresamente en la Directiva, sólo pueden ejercer en ese último Estado actividades que afecten a inmuebles de interés artístico si demuestran, en su caso, a través de una comprobación específica de su idoneidad profesional, disponer de las calificaciones propias del ámbito de los bienes culturales.

En la sentencia *Ordre des architectes*²⁵, se estudió la queja del equivalente del Colegio de Arquitectos belga a propósito de la dispensa del período de prácticas como arquitecto prevista por el Derecho belga para los nacionales de los Estados miembros distintos del Reino de Bélgica. Dicha dispensa no estaba sometida, a juicio del Colegio, a la observancia de requisitos que permitan comprobar que ese nacional ha realizado en el extranjero prestaciones consideradas equivalentes al período de prácticas. En el marco del litigio nacional, el Tribunal consideró que la exigencia planteada por el Colegio podía ser contraria a la Directiva 2005/36/CE, sobre reconocimiento de títulos y planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal comenzó recordando que la Directiva prevé un sistema de reconocimiento automático de los títulos de formación basado en la coordinación de las condiciones mínimas de formación en lo que se refiere a los arquitectos. Esto implica, de acuerdo con la jurisprudencia existente, la prohibición de exigencias adicionales y la absoluta limitación de los Estados miembros. Por todo ello, el Tribunal consideró contraria a la Directiva 2005/36/CE la exigencia del periodo de prácticas demandado por el Colegio belga.

En materias relacionadas con la libre circulación de personas, ha de darse noticia de la sentencia *Angerer*²⁶. Es una más de la larga lista de pronunciamientos sobre el reconocimiento de títulos y en concreto del de arquitecto. En este caso, el Tribunal ha considerado que las «razones particulares y especiales» a las que hace mención la Directiva 2005/36/CE deben ser demostradas por quien las invoca, para poder beneficiarse de las excepciones previstas en la Directiva. En la profesión concreta estudiada, la noción de arquitecto ha de determinarse conforme a la legislación del Estado de acogida, esto es, aquel donde se solicita el reconocimiento.

5.4. Otras profesiones

Una nueva sentencia, en este caso de 27 de junio de 2013, ha insistido sobre este contenido instrumental de la libre circulación. El acceso a la profesión de fisioterapeuta ha sido analizado en la sentencia *Nasiopoulos*²⁷. El griego demandante que da nombre al litigio había recibido en Alemania una formación de masajista-especialista sanitario en hidroterapia de una duración de dos años y medio que incluye una formación teórica y práctica, obtuvo el título que le autoriza a ejercer dicha profesión. Dicha formación es de nivel de enseñanza profesional de grado medio (secundaria). Con base en estas cualificaciones profesionales, el demandante presentó, en el Ministerio de Sanidad en Grecia, una solicitud de que se le reconociese el derecho a acceder a la profesión de fisioterapeuta, por ser en Grecia la profesión más similar a la de masajista-especialista sanitario en hidroterapia. Dicha solicitud fue denegada por no existir dicha especialidad en Grecia y por requerir la profesión de fisioterapeuta un diploma de tres años.

²⁶ Sentencia Angerer de 16 de abril (ECLI:EU:C:2015:239).

²⁷ Sentencia de 27 de junio de Eleftherios-Themistoklis Nasiopoulos y Ypourgos Ygeias kai Pronoias, asunto C-575/11, ECLI:EU:C:2013:430.

²⁵ 30 de abril de 2014, *Ordre des architectes y État belge*, asunto C-365/13, ECLI:EU:C:2014:280.

El Tribunal comenzó señalando que no ha habido armonización alguna sobre esta concreta profesión y que la competencia de los Estados está intacta al respecto, por lo tanto. Ahora bien, señaló que el respeto de las libertades fundamentales constituye un límite infranqueable. En el caso griego, la denegación absoluta del ejercicio de la profesión parecía excesivo. En efecto, el Tribunal señaló que el objetivo legítimo de la protección de los consumidores puede alcanzarse con medios menos coercitivos que la exclusión total de acceder, incluso parcialmente, a una profesión, en particular, mediante la obligación de ostentar el título profesional de origen o el título de formación tanto en la lengua en la que ha sido expedido y según su forma original como en la lengua oficial del Estado miembro de acogida.

El Tribunal indicó que la de fisioterapeuta no es una profesión médica, sino paramédica, y a partir de ahí elaboró un argumento sobre la protección de la salud y el respeto de las libertades fundamentales. Dentro de él enganchó una, cuando menos, extraña dicotomía. Cuando se trate de dos profesiones «comparables», que puedan considerarse «la misma», no será contrario a la normativa europea denegar el acceso parcial a la del país de destino, siempre que existan medidas compensatorias que permitan una equiparación de la formación a la exigida en él y el acceso total a la profesión. En cambio, cuando se trate de profesiones efectivamente distintas (como era el caso, aparentemente, pues la comprobación quedó remitida al órgano griego), la denegación del ejercicio parcial es contraria a los Tratados, puesto que disuade efectivamente del ejercicio en otros Estados miembros.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

IV. Documentación e Informes

Dos Informes relevantes sobre la situación económica y laboral de España, 2014-2015

Two relevant reports on the economic and labour situation in Spain, 2014-2015

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL*

SUMARIO. I. EL INFORME DEL CONSEJO DE ORIENTACIÓN PARA EL EMPLEO: A. Las reformas coincidentes en diez países de la Unión Europea y las singularidades de las reformas españolas. B. Debilidades del modelo económico y del mercado de trabajo. C. Reformas del mercado de trabajo a partir de la crisis mundial de 2008. D. Mejoras del mercado de trabajo a partir de 2014. Primeros elementos de evaluación. II. EL INFORME DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN EUROPEA: A. Recomendaciones específicas. B. Avances comprobados. C. Objetivos de la Estrategia Europea 2020. D. Logros alcanzados.

I. EL INFORME DEL CONSEJO DE ORIENTACIÓN PARA EL EMPLEO

A. Las reformas coincidentes en diez países de la Unión Europea y las singularidades de las reformas españolas

1 El Consejo de Orientación para el Empleo (COE) ha elaborado un amplio y valioso Informe bajo el epígrafe de *Les reformes des marches du travail en Europe*, relativo a diez países del continente, en los años posteriores a la crisis económica, hondamente sentida a partir del ejercicio de 2008. Los países objeto de la muestra han sido Alemania, Austria, Dinamarca, España, Irlanda,

Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia. La información necesaria para empeño tan ambicioso empeño se ha procurado diversa y calificada, con participación de personalidades relevantes de cada país, la opinión técnica de dos auditores por cada uno de ellos –un jurista y un economista–, la intervención de los servicios económicos y sociales de sus respectivas Embajadas en París y, complementariamente, la actividad de los servicios económicos y sociales de las Embajadas francesas en todos los países de referencia.

Con esas fuentes, el Informe ha podido identificar las orientaciones comunes de las reformas puestas en práctica: flexibilidad de las normas relativas al contrato de trabajo, más respecto de los empleos permanentes que respecto de los empleos temporales o atípicos; descentralización de la negociación colectiva y profundización de los mecanismos de flexibili-

* Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado, *Of Counsel* de Roca Junyent.

dad interna; favorecimiento de la moderación salarial y del descenso de los costes sociales o reformas del salario mínimo nacional en ciertos países; reforma de la normativa sobre los regímenes de aseguramiento del desempleo y de asistencia para hacerlos más proclives a la recuperación del empleo; y, desde luego, medidas para incrementar la eficacia de los servicios públicos de empleo, dinamizando a la vez las políticas activas del mercado de trabajo.

El Informe se preocupa, naturalmente, de investigar los primeros efectos visibles de todas estas reformas nacionales sobre el empleo/desempleo y sobre los salarios, pero aceptando, como condicionante de partida, que todavía es muy corto el tiempo transcurrido, sobre todo en aquellos casos en los que las medidas de reforma frente a la crisis no se hicieron con la anticipación exigida por las circunstancias.

En último término, el Informe no ignora un fenómeno generalizado de expansión de la pobreza, tanto de la pobreza de los trabajadores, cuanto de la pobreza de la población en general, concluyendo que a ello ha contribuido igual la propia crisis que el impacto de

las reformas adoptadas para paliarla o para vencerla.

2. Refiriéndonos solo a España, entre 1900 y 2007 el país experimentó un crecimiento impulsado principalmente por el sector de la construcción y el consumo de bienes y servicios. Ese crecimiento favoreció la creación de numerosos empleos y permitió un descenso importante de la tasa de paro, pasando ésta del 24% en el 1994, al 8% en el 2007. Pero esa bonanza no resistió la crisis desencadenada en 2008, que elevó espectacularmente la tasa de paro, con una cota del 26,3% en el primer trimestre de 2013, por el ajuste del mercado de trabajo basado más en la reducción de puestos de trabajo que en la alteración de las condiciones de trabajo en las empresas, lo que no impidió que también éstas se vieran afectadas. A partir de ahí, el Informe se divide en tres apartados, relativos a los elementos de contexto, las reformas del mercado de trabajo introducidas a partir de 2008 y los primeros resultados de la evaluación. Algunos datos expresivos, del periodo 2007-2014, se recogen en el cuadro siguiente:

DATOS RELATIVOS AL MERCADO DE TRABAJO, 2007-2014

	2007	2011	2014
Tasa del empleo (15 a 64 años)	65,8	58,0	56,0
Tasa de paro			
de la población total (15 a 64 años)	8,3	21,5	24,6
de los jóvenes (menores de 25 años)	18,1	46,2	53,2
Incidencia del paro de larga duración (en % del número total de parados)	20,4	41,6	52,8
Porcentaje del empleo temporal en el empleo asalariado total (15 a 64 años)	31,6	25,2	24,0
Índice de protección de los contratos indefinidos	2,66*	2,56	2,28***
Índice de protección de los contratos temporales	3,5*	3,17	0
Salario mensual mínimo bruto (a 1 de enero) en euros	665,7	748	753
Tasa de crecimiento del salario horario real	2,7	-2,5	-1,1****
Coste-horario de la mano de obra en la industria y en los servicios	18,9*	20,9**	21,0
Cuña***** social-fiscal (persona soltera sin niños)	39,0	40,0	40,7
Tasa de riesgo de pobreza (umbral: 60% de la renta equivalente mediana después de transferencias sociales)	19,7	20,6	22,2
Coefficiente de Gini de renta disponible	31,9	34,0	34,7

*: Dato disponible solamente para 2008.

** : Dato disponible solamente para 2012.

***: Dato disponible solamente para 2013.

****: Diferencia entre costes empresariales y percepciones de los trabajadores.

P: Provisional.

n.d.: No disponible.

B. Debilidades del modelo económico y del mercado de trabajo

3. Una conclusión inicial y final del Informe español afirma que la crisis, a partir del 2008, ha revelado las debilidades del modelo económico y del mercado de trabajo. Después de muchos años seguidos de fuerte crecimiento –no inferior al 3% anual del PIB en el decenio comprendido entre el 1997 y el 2007–, la economía española sufre una doble recesión, a lo que ha contribuido, sin duda, la crisis financiera mundial, provocando la disminución sucesiva del PIB durante seis trimestres consecutivos, de manera que a fines de 2009 el PIB se contrajo un 3,6% respecto al año 2008. En el año 2009 hubo un leve repunte, para volver a caer a partir del tercer trimestre de 2011. Nuevamente se anota un cambio de signo a partir año 2014, importante ya desde el cuarto trimestre, con una prometedora tasa de crecimiento por encima del 2%, aunque se trata de un dato controvertido en ciertos medios europeos muy influyentes.

La degradación de la coyuntura ha entrñado la sensible degradación del mercado de trabajo. La tasa de paro del 8% a comienzos de 2007, ha ascendido al 26,3% en el primer trimestre de 2013, situándose en un segundo lugar dentro de la Unión Europea y de la OCDE, tras la todavía superior de Grecia. Considerando datos globales del empleo, el retroceso ha sido de un -9% entre el primer trimestre de 2008 y el cuarto trimestre de 2009. El año 2010 conoció una levisima recuperación (+0,3% en el primer trimestre), que no ha conseguido mantenerse inalterable hasta comienzos de 2014, que es cuando se inicia la mejora del mercado de trabajo, puesto que entre el cuarto trimestre de 2014 y el primer trimestre de 2015 se han creado algo más de seiscientos mil (600.000) empleos, lo que de momento ha servido para recuperar el 15% de los empleos anteriormente destruidos, aunque este avance se relativiza dada la naturaleza principalmente temporal de los empleos creados. En todo caso, el descenso de la tasa de paro no ha sido suficiente para ofrecer resul-

tados homologables con la media comunitaria (9,6% en la UE/28), al situarse en un 22,5% en el segundo trimestre de 2015, equivalente a cinco millones de parados. Pero el dato no es uniforme en todas las Comunidades Autónomas, alguna de las cuales padece picos de hasta el 35%, diferencia no corregida por la movilidad geográfica interregional, apenas apreciable en sus resultados globales.

Es cierto que buena parte de la degradación del empleo y el alza correlativa del paro se debe a la caída de aquél en el sector de la construcción, que había alcanzado un porcentaje del total del 12,7% en el cuarto trimestre de 2007, frente a una media del 7,8% en la zona euro. Un 12,7% que ha descendido hasta el 5,3% en el primer trimestre de 2014, en esta ocasión frente a una media superior del 6% en la zona euro. Traducido en cifras personales, alrededor de un millón setecientas mil personas ocupadas en la construcción perdieron su empleo, muy por encima de las también importantes pérdidas de puestos de trabajo en el sector servicios, particularmente en el comercio, turismo y transporte. Unos datos que confirman que, a diferencia de lo ocurrido en países como Alemania o Italia, la crisis se ha resuelto en España con el sacrificio de los empleos mucho más que con el sacrificio de las condiciones de trabajo. Y, dentro de los empleos, han sido castigados más los empleos temporales que los empleos permanentes, aparente paradoja que no es tal pues la travesía de tan adversa coyuntura trataba de aliviarse resolviendo los contratos de trabajo de menor coste económico extintivo. O sea que volvió a hacerse visible, hasta sus últimas consecuencias, la dualidad del mercado de trabajo, permaneciendo con elevados niveles relativos de protección un alto porcentaje de los trabajadores fijos y pasando a la desprotección casi absoluta un alto porcentaje de los trabajadores no fijos. Ese es el fenómeno –paradójico una vez más en apariencia–, del incremento del empleo permanente estático respecto del empleo temporal de la misma naturaleza, representando el segundo únicamente el 23% en 2013, cuando a comienzos de la crisis rozaba el

34% del total. En cualquier caso, todavía muy por encima de la media europea del 15% del empleo global.

Los datos anteriores explican también el descenso de la productividad, debido a un modelo de crecimiento basado en sectores intensivos en mano de obra poco productivos. De ese modo, entre 1992 y 2007, el coste salarial unitario ha aumentado en un 3,2% de media anual, contra el 0,9% de aumento medio, en similar periodo, en países como Alemania, Francia e Italia.

4. La elevada tasa de paro se combina con dos efectos altamente negativos, por un lado la incidencia sobre los jóvenes –entre 16 y 29 años–, en particular los jóvenes menos calificados, y la prolongada permanencia en la situación de inactividad de un elevado porcentaje de personas. La tasa de desempleo de los jóvenes llegó al 55,5% en el año 2013 y, respecto del grupo de los menos calificados, la estimación ascendió hasta el 62,6%. La mejora experimentada a partir de 2015 ha tenido todavía un efecto muy modesto, pues solo ha conseguido reducir los porcentajes anteriores al 53,2% y al 61,2%, respectivamente. El Informe considera que una de las causas de este fenómeno desconocido en otros países comunitarios se debe a que cerca del 30% de las personas comprendidas entre los 15 y los 29 años abandona anualmente la enseñanza sin haber superado el ciclo secundario, porcentaje que dobla el que sufría la UE/15 en el año 2010, quizá una secuela de la situación vivida en los años que precedieron a la crisis, en los que muchos de estos jóvenes encontraban fácilmente trabajos relativamente bien retribuidos en las empresas de la construcción. Es asimismo inquietante el porcentaje de los jóvenes comprendidos entre las edades de referencia que ni estudian, ni trabajan, a los que se les ha bautizado como *ninis*, representativos de una tasa que ha pasado del 12% en 2007 al 18,6% en 2013. Muchos de ellos tienen la oportunidad de encontrar breves periodos de actividad mediante la celebración de contratos temporales de muy corta duración,

cuando no realizan algunas actividades en la economía informal.

Por lo que atañe a la duración de las situaciones de desempleo, mientras que en 2008 la tasa de las personas que excedían del año de permanencia como inactivos era del 18%, alcanzó la sorprendente cota del 52,8% en 2014, pese a las mejoras habidas en la evolución del mercado de trabajo. Particularmente castigados por ese mal social han sido y son los trabajadores mayores de 55 años, respecto de los cuales la tasa se ha situado en el 70% en el mismo periodo. De ese modo, no se está únicamente ante un panorama de desempleo coyuntural, sino que el desempleo estructural se ha instalado en la sociedad española con porcentajes muy significativos. El peligro que se cierne, pues, sobre estas personas, es el de permanecer vinculados a empleos temporales de baja cualificación y de baja remuneración, sin grandes expectativas de mejorar su situación en el mercado de trabajo.

5. Lo que no se puede ignorar es el esfuerzo gubernamental para favorecer el relanzamiento de la economía y limitar las consecuencias negativas de la degradación del mercado de trabajo. Un fondo de tres mil millones de euros, en el año 2009, se destinó al sostenimiento de los sectores del automóvil y del turismo. Junto a ese fondo, otros ocho mil millones de euros se destinaron a dotar un fondo local de inversión para financiar proyectos de infraestructura a cargo de los municipios. Y un tercer fondo de cinco mil millones de euros se distribuyó entre el 80% para inversiones, y el 20% restante para gastos sociales. A estos fondos se ha unido el establecimiento de prestaciones extraordinarias para los parados inscritos en los servicios públicos de empleo. Un importe de 426 millones de euros se dotó para concederlas durante seis meses, beneficiando a más de seiscientos mil personas, pero las dificultades presupuestarias obligaron a suprimirlo en el año 2010, reestableciéndose esas ayudas en el año 2014 mediante la celebración de un acuerdo entre el gobierno y los interlocutores sociales, para fortalecer significativamente las

medidas de ayuda a los parados de larga duración, entre ellas muy principalmente las de asignación de un empleo mediante acciones de inserción profesional.

Distintas son las acciones emprendidas en el marco del llamado Plan E, disponiendo una reducción de las cotizaciones empresariales a la seguridad social para facilitar la contratación permanente de parados con familiares a cargo, respecto de contratos suscritos antes del 31 de diciembre de 2010. A finales de ese mismo año se procedió a reducir esas cotizaciones durante tres años con el fin de estimular a las empresas a la contratación indefinida de parados jóvenes no calificados, o a la contratación de personas en la misma situación, mayores de 45 años, respecto de los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2011. Y se introdujeron paralelamente ayudas para la celebración de contratos formativos o de aprendizaje anteriores a la misma fecha.

6. El Informe se detiene en el detalle de las reformas estructurales adoptadas antes del 2008, afirmando que en los años que siguieron a la implantación de la democracia el mercado de trabajo español se caracterizaba a la vez por una fuerte protección frente a los despidos y por intensas limitaciones a la movilidad funcional y geográfica en la empresa. A partir de ahí, la evolución habida permite distinguir dos etapas, la primera extendida entre 1980 y 1990; y la segunda, desde esa década de los noventa hasta el año 2006. En la primera época, se han generalizado diversos supuestos de contratación temporal, de manera que si esta contratación representaba el 15,6% en 1987, en 1995 había subido hasta el 35% sobre la contratación laboral total. La estrella de este proceso nace en 1984 con la introducción de un llamado contrato temporal para el fomento del empleo, de duración máxima de tres años y con posible utilización para el desempeño de las tareas normales u ordinarias de las empresas.

La segunda etapa cobija una serie de reformas de gran calado. Una inicial tiene lu-

gar en 1994, cuando se limita la utilización del contrato temporal de fomento del empleo a la contratación de ciertas categorías desfavorecidas de personas, los mayores de 45 años, los discapacitados y los parados de larga duración contratados por Pymes. Le sigue otra en el año 1997, cuando se crea de nueva planta un contrato de trabajo indefinido con menores indemnizaciones en caso de despido objetivo improcedente –no en caso de despido disciplinario improcedente–, trocando la de 45 días/año, vigente con carácter general, por la de 33/días año, y reduciendo también el límite indemnizatorio máximo de tres años y medio por el de dos años de salario, cualquiera fuese la antigüedad del trabajador en la empresa que impusiera el despido. Pensado inicialmente para los parados de más de un año de duración, jóvenes entre 19 y 30 años o personas mayores de 45 años, ese campo restringido de aplicación sería sucesivamente extendido en 2001 y en 2002 permitiendo su utilización para contratar a todos los jóvenes entre 16 y 30 años y a todos los parados con más de seis meses de inscripción en los servicios públicos de empleo. Una reforma más se añade a las dos consignadas en el año 2002 con la introducción de un sistema –conocido en la praxis como «despido exprés»–, permissivo de la declaración empresarial definitiva de despido disciplinario, con el reconocimiento simultáneo de su improcedencia, previo pago de la indemnización legal correspondiente. Un sistema caro pero rápido de desvincular al trabajador de su puesto de trabajo, liberado del control judicial, no siempre previsible en la calificación de los despidos, lo que explica probablemente el enorme éxito alcanzado incluso en los momentos en los que la crisis estaba ya profundamente asentada. Y, finalmente, otra reforma significativa se acomete en el año 2006, con adopción de una norma dirigida a limitar el uso abusivo de los contratos temporales, en aplicación de la cual los trabajadores contratados temporalmente durante al menos veinticuatro meses –en el mismo trabajo y en la misma empresa–, dentro de un periodo de treinta meses, tienen derecho a la conversión de su vínculo contractual no fijo en un vínculo

fijo o indefinido. Como en otras ocasiones, se encontraron empero vías de salida para evitar el automatismo de ese efecto legal, sobre todo a través del contrato temporal para obra o servicio determinado que requiriera para su finalización un periodo superior a veinticuatro meses y, quizá todavía más, a través de la aplicación de la reforma a los trabajos desempeñados de igual naturaleza o características, pero no al desempeño de distintos trabajos sucesivos para la misma empresa.

C. Reformas del mercado de trabajo a partir de la crisis mundial del 2008

7. Entre los años 2010 y 2012 se llevaron a cabo tres reformas estructurales de evidente importancia y aunque han sido adoptadas sucesivamente por dos gobiernos distintos tienen en común el propósito de lograr la promoción del empleo a través del incremento de la flexibilidad de los dispositivos dejados en manos de los empleadores.

Las dos primeras reformas se adoptan respectivamente en los años 2010 y 2011 por el gobierno del partido socialista. La de 2010 se articula alrededor de tres objetivos declarados, que son los de reducir la dualidad del mercado de trabajo, mejorar los mecanismos de flexibilidad interna de las empresas y mejorar las perspectivas de recuperación del empleo por las personas más distanciadas del mercado de trabajo. A tal efecto, las medidas más significativas se concentran en la introducción de dispositivos de flexibilidad empresarial. Por su parte, la reforma de 2011 se refiere fundamentalmente al marco de la negociación colectiva, que permanecía sin apenas alteraciones desde su configuración inicial en el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

La tercera de las reformas pertenece ya al gobierno del partido popular, a partir del año 2012, obediente a cuatro criterios inspiradores, no otros que la promoción de la creación de empleo, la reducción de la dualidad del mercado de trabajo, el estímulo de la puesta

en práctica de medidas de flexibilidad empresarial como alternativa a los despidos y la mejora de la empleabilidad de los trabajadores. Se trata, pues, de una reforma en cierta medida continuista de las anteriores pero más ambiciosa que ellas, al afectar en profundidad al acceso al empleo, a las diversas formas de despido y a la articulación de la negociación colectiva. A lo que hay que añadir el relanzamiento de la bautizada como *Garantía para la Juventud*, a partir de 2013 y, asimismo, la adopción de una estrategia cuatrienal a favor del *Empresariado* o, si se prefiere, del *Emprendimiento*, aunque por bajo de las diferencias formales late idéntica preocupación, la de hacer de esa profesión u oficio algo deseable, bajo el amparo de los poderes públicos. Y, todavía, se ha dispuesto, tras las medidas anteriores, la suscripción de una estrategia plurianual de activación para el trienio 2014-2016.

No se puede ocultar tampoco que todas estas reformas se han acometido en un contexto de intensa y progresiva degradación de las finanzas públicas. Si en 2007 se contaba con un excedente del 2%, el déficit había subido al 11% del PIB en el 2009. Paralelamente, de un 35,5% en el 2007, la deuda pública ascendía también velozmente, situándose en el 52,7% en ese mismo año. La evolución de ambas magnitudes no ha sido sin embargo pareja, pues en tanto que el déficit se ha reducido, representando el 5,8% en 2014, la deuda pública ha crecido de manera espectacular, hasta alcanzar el 97,7% en igual ejercicio económico. El Informe desvela que, lo mismo que algunos otros países, España fue receptora, en el mes de agosto de 2011, de una «carta secreta» procedente del Banco Central Europeo, solicitando al Gobierno la garantía de la descentralización efectiva de las negociaciones salariales, la recomendación de la moderación salarial en el sector privado y la recuperación del empleo disminuyendo los efectivos de paro. Bajo estas presiones, las reformas normativas de 2010, 2011 y 2012, se han establecido con escasísima concertación con los interlocutores sociales, sustituida por el uso generalizado de disposiciones legales excepcionales, como han

sido sucesivamente los Reales Decretos-leyes 10/2010, de 16 de junio, 7/2011, de 10 de junio y 3/2012, de 10 de febrero, de los cuales solo el segundo no fue objeto de ratificación parlamentaria, trámite aprovechado para matizar algunas de las medidas gubernamentales. Solo a mitades de 2014 parece haberse vuelto la mirada del Gobierno a los interlocutores sociales, cerrando un Acuerdo de Medidas para fortalecer el crecimiento económico y el empleo, al que pertenece la creación de una nueva prestación social para los parados.

8. Como ejes de las reformas se consideran sucesivamente hasta siete, que se refieren concretamente a los regímenes de despido y de contratos de trabajo en general, a la negociación colectiva, a la flexibilidad interna y a la política salarial, al coste del trabajo, al aseguramiento del desempleo, a las políticas activas de empleo y a las medidas de lucha contra la economía sumergida. Se trata de una clasificación bien orientada aunque no exhaustiva, pues cuando menos prescinde de la toma en cuenta de las numerosas medidas atinentes a la protección social, en sus tres dimensiones de derechos a la seguridad social, a la salud y a la asistencia social.

a) *Respecto del despido y del contrato de trabajo*, tanto las reformas de 2010, como las de 2012 han rebajado la carga de las indemnizaciones por despido disciplinario correspondientes a los contratos indefinidos. Pero también se han adoptado medidas para suavizar el régimen de los despidos por causas objetivas o económicas, corrigiendo las disfunciones derivadas de la aceptación, desde 2002, del despido disciplinario exprés. En cuanto a medidas concretas, estas son las principales: 1ª) el concepto de causa económica ha sido a la vez ampliado y precisado. Ya desde 2010 la causa económica para despedir podía ser invocada cuando los resultados de la empresa revelaban una situación negativa, con pérdidas efectivas o previstas, o bien con una disminución persistente de los ingresos o de las rentas que pudieran afectar a la viabilidad empresarial o al mantenimiento de sus efectivos. La

novedad reside principalmente en la referencia a las pérdidas previstas para permitir un despido que evite que la situación se degrade más todavía. En el año 2012, la reforma ha venido a objetivar la causa económica con el fin de reducir el margen de interpretación judicial de la ley a la hora de declarar el despido procedente o improcedente, precisando que una caída de los ingresos o de las rentas se entiende persistente cuando se prolonga durante tres trimestres consecutivos respecto del mismo periodo en el año anterior; 2ª) se simplifica, a partir de 2010, el procedimiento del despido por causas económicas o, por mejor decir, empresariales. El preaviso para el despido individual pasa de 30 a 15 días y en el despido colectivo el plazo de 30 días de duración del periodo de consultas deja de ser un mínimo para convertirse en un máximo, acortándose igualmente los plazos de actuación de la autoridad laboral y, sobre todo, limitándose los supuestos de despido nulo por irregularidades procesales. La reforma de 2012 profundiza en estos aspectos, suprimiendo la autorización administrativa del despido económico colectivo, que se convierte en el simple control de la celebración del periodo de consultas. También se elimina la exigencia de un plan de acompañamiento social en estos despidos colectivos que afecten a 50 o más trabajadores, suplido por un plan de reclasificación externo ejecutado por empresas especializadas; 3ª) el coste del despido seguía reducido en 2010 a través del contrato indefinido para fomento del empleo incorporado al ordenamiento en 1997, con una indemnización de 33 días/año, en lugar de la entonces regla general de 45 días/año. Pero la reforma de 2012 la restringe algo más a través de dos medidas, una, al pasar el techo de 42 a 24 meses como máximo y, otra, al eliminarse los salarios de tramitación, o devengados entre el efecto del despido y la declaración judicial de su improcedencia; 4ª) también se aligera el despido por absentismo, bajando del 5 al 2,5% la tasa de inasistencia; 5ª) en el sector público son igualmente visibles las reformas, a partir de la principal de considerar la insuficiencia presupuestaria como causa económica justificadora del despido; 6ª)

en sentido de mayor protección a los trabajadores se prevén dos medidas en 2010 y 2012; la primera no pasó de ser una tentativa de crear un fondo de capitalización individual sobre el modelo austriaco; la segunda consistente en el pago de una cantidad al Estado –destinadas a reforzar el pago de prestaciones de desempleo o jubilaciones anticipadas–, por las empresas de más de 500 trabajadores, que despidieran a trabajadores de 50 o más años, siempre que la situación económica de aquéllas fuera «buena», entendiéndose por tal la obtención de beneficios en los dos últimos años.

En cuanto a la contratación laboral, la reforma de 2012 crea –transitoriamente, hasta que la tasa de paro se sitúe por bajo del 15%– un nuevo contrato denominado de «apoyo a los emprendedores», del que pueden hacer uso las empresas de menos de 50 trabajadores, con la principal novedad de permitir un periodo de prueba de un año de duración, con extinción libre, por tanto. Un contrato objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional por su disconformidad con los principios constitucionales, bien que las sentencias dictadas seguidamente han desestimado esas tachas de inconstitucionalidad. Superado que sea el periodo de prueba, el contrato sigue el régimen de los contratos indefinidos, favorecido empero por estímulos sociales y fiscales. A su vez, ambas reformas de 2010 y 2012 han pretendido reducir la contratación temporal, a través de cuatro medidas principales: 1ª) incremento de la indemnización por finalización del término del contrato temporal, pasando de 8 a 12 días/año; 2ª) prohibición de encadenar contratos temporales durante 24 meses en un periodo de 30, siempre que se trate del mismo puesto de trabajo y de la misma empresa o grupo de empresas, bajo sanción de transformar esos vínculos temporales en vínculo indefinido, importante reforma que, sin embargo, fue suspendida durante dos años en agosto de 2011; 3ª) limitación a 3 años del principal contrato temporal, para obra y servicio determinados, con previsión de prórroga de un año más a través de convenio colectivo sectorial; 4ª) reducción de las cotizaciones sociales cuando la empresa

convierta un contrato temporal de formación y aprendizaje en un contrato indefinido.

b) *Respecto de la negociación colectiva*, caracterizada en España por la actuación a diversos niveles, sin clara articulación de los mismos, el balance ofrece gran complejidad, pero permite afirmar que el 90% de los trabajadores se rigen por convenios de sector, de distinto ámbito territorial, en tanto que solo el 10% quedan sometidos a convenios de empresa. El tamaño medio de las empresas con convenio propio es de 255 trabajadores, y el de las empresas afectadas por convenios sectoriales, de 7 trabajadores. Estas negociaciones se guían en buena parte por los acuerdos interprofesionales que suelen firmar, año tras año, las confederaciones sindicales y patronales más representativas. La crisis aconsejó romper la cadencia anual mediante la celebración, en 1910, de un llamado Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para tres años, con recomendación de moderación salarial y apertura de negociaciones bipartitas, celebradas desde 2011, con el efecto de lograr una cierta descentralización de la negociación colectiva, permisiva de la adecuación de los salarios a las circunstancias de las empresas, en particular de las Pymes. Con la Ley 3/2012, la tendencia que primaba los convenios sectoriales sobre los de empresa, se ha trocado en la opuesta por decisión del legislador. En definitiva, esas reformas de la negociación colectiva han atribuido opciones a los empleadores para inaplicar cláusulas de los convenios colectivos sectoriales, bien por acuerdo con los trabajadores, bien por decisión de un órgano administrativo denominado Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, cuyas decisiones son impugnables judicialmente. Una reforma pro-empresarial importante ha sido la de limitar la eficacia ultractiva del convenio colectivo –finalizada la eficacia pactada en el convenio– a un solo año, pasado el cual dejan de tener aplicación, produciéndose un vacío convencional en el caso de no haberse pactado un nuevo convenio colectivo. Ese vacío, empero, ha sido evitado por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de

2014, resolviendo que en tal caso el contenido del convenio se contractualiza y sigue siendo aplicable con esa naturaleza, perdiendo pues su naturaleza normativa, lo que posibilita la alteración de sus cláusulas a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo regulado en el art. 41 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuya dinámica pasa por tres etapas: una negociación empresarial denominada «periodo de consultas» con los representantes de los trabajadores que puede finalizar con acuerdo o sin acuerdo con ellos; en caso de desacuerdo, el reconocimiento de la capacidad empresarial de imponer las reformas unilateralmente; en el caso de que esas medidas de modificación sean impuestas, el derecho de los trabajadores, actuando individual o colectivamente, a someterlas al filtro judicial, lo que en la práctica ha determinado múltiples casos de revocación de las decisiones empresariales unilaterales.

c) *Respecto de la flexibilidad interna y la política salarial*, las reformas laborales han querido utilizar una y otra para, acentuándolas, reducir el número de los despidos. Es decir, se han ampliado las facultades empresariales para adaptar la organización del trabajo a la coyuntura económica, como alternativa a los ceses de personal. Esas facultades más flexibles han afectado: 1º) a la movilidad funcional, geográfica y a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, favorecidas por una interpretación más laxa de la causa económica propiciadora de su aplicación en los casos concretos. Herramienta fundamental de esa flexibilidad sobrevenida es la sustitución del concepto de «categoría profesional» del trabajador –como ámbito restringido en el que poder llevar a cabo su movilidad funcional–, por el concepto más amplio de «grupo profesional», caracterizado por la agrupación de categorías profesionales diversas, un modo práctico de autorizar de hecho el cambio de las funciones entre categorías profesionales disparejas. Como quiera que el procedimiento para alguno de esos cambios se inicia con una negociación con los representantes de los trabajadores, siendo así que dichos representan-

tes no suelen existir en las empresas pequeñas de menos de once trabajadores, la reforma ha permitido la creación en esos centros de trabajo de comisiones formadas por tres trabajadores (comisiones o representaciones *ad hoc*), elegidas por y de entre ellos o, en su caso, por tres representantes sindicales elegidos por los sindicatos más representativos, una opción que, curiosamente, ha tenido menos éxito que la primera. A esa medida para agilizar la tramitación del periodo de consultas preceptivo, se ha unido, en la reforma del 2012, la aceptación de un «banco de horas» que permite a las empresas modular unilateralmente la duración del trabajo de los trabajadores hasta de un 10%, superando así la innovación de la reforma de 2010, permisiva de repartir el 5% del tiempo de trabajo de cada trabajador a lo largo de todo el año, conforme a las necesidades empresariales, sin que tal exceso pudiera considerarse trabajo extraordinario; 2º) al régimen de desempleo parcial, reduciendo el tiempo de trabajo requerido, en un 10%, para beneficiarse de sus prestaciones, con ventajas asimismo para los empleadores que adopten medidas activas de formación.

d) *Respecto del coste del trabajo*, los firmantes del Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2010 aceptaron la moderación salarial durante el siguiente trienio, con revalorizaciones del 1% (2010), del 1 al 2% (2011) y del 1,5 al 2,5% (2012), con previsión de descuelgues salariales de las condiciones pactadas en los convenios colectivos sectoriales. En el Acuerdo firmado en el 2012 se va todavía más allá, limitando las subidas salariales al 0,5% (2012), 0,6% (2013) y 1,5% (2014) En el 2015, el tercer Acuerdo no ha olvidado, pese a la mejora de la economía general, el alto nivel de desempleo, estableciendo una moderada subida salarial para el siguiente bienio, del 1% (2015) y hasta del 1,5% (2016), sin previsión por tanto para 2017. Junto a estas medidas se cuentan las ayudas fiscales (deducción de 3.000 euros por la contratación de un parado de larga duración) y la disminución de las cotizaciones sociales (durante 3 años por la contratación de

un parado entre 16 y 30 años) con el objetivo de promover la contratación indefinida de las categorías más castigadas por el desempleo. Ayudas similares se establecieron para los trabajadores mayores de 45 años, mujeres en actividades en las que estuvieran poco presentes, discapacitados y otras personas en situación de exclusión social.

e) *Respecto del aseguramiento del desempleo*, se ha buscado insistentemente una correlación entre las prestaciones de desempleo y las políticas activas de empleo, lo que ha llevado a condicionar el acceso a estas prestaciones a la aceptación de un empleo adecuado, exigiendo incluso pruebas de que los parados se esfuerzan por encontrar un empleo y por mejorar su empleabilidad, o sea, sus condiciones para poder ser empleados. La presunción de que el paso del tiempo sin conseguir empleo puede tener como concausa la actitud del parado, explica el decrecimiento de las prestaciones, del 70% en los 6 primeros meses y del 50% a partir del séptimo mes.

f) *Respecto de las políticas activas del empleo*, a partir del 2011 se ha procedido a la elaboración anual de una Estrategia para el Empleo, dentro de un Plan anual para la política de empleo, destinada a la mejor coordinación entre el Servicio Público de Empleo, de ámbito estatal, y los servicios análogos de las Comunidades Autónomas, creándose a tal efecto una base de datos unificada y dotándose un presupuesto de 30 millones de euros. Los objetivos para el trienio 2014 a 2015 –inspirados en el condicionamiento de las ayudas públicas a los resultados obtenidos– son estos: mejorar la empleabilidad de los jóvenes, de los mayores de 55 años y de los parados de larga duración; mejorar la calidad de la formación profesional para el empleo; fortalecer el vínculo entre las políticas activas y pasivas de empleo y, también, estimular el emprendimiento de actividades productivas. Junto a ellos, se ha ensanchado el campo de acción de las agencias privadas de colocación y, sobre todo, de las empresas de trabajo temporal, siempre bajo la observancia de estrictas obligaciones pre-establecidas.

Mención especial merece un programa de «Garantía para Jóvenes» desde el año 2013, y con cargo a fondos de la Unión Europea, destinado a ofrecer a todos los jóvenes menores de 25 años, dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización de sus estudios, un empleo, una formación o un aprendizaje.

g) Y, finalmente, *respecto de las medidas para luchar contra la economía sumergida*, se ha optado por un plan comprensivo de dos fases sucesivas. En una primera etapa (abril-agosto de 2011), los empleadores son estimulados para registrar a sus trabajadores en situación irregular, sin imposición de sanciones administrativas. En la segunda etapa, sin embargo (desde agosto de 2011) opera un sistema de sanciones para los incumplidores de sus obligaciones laborales y sociales.

D. Mejora del mercado de trabajo a partir del 2014. Primeros elementos de evaluación

9. Una mirada a la situación actual sirve para apreciar que el mercado de trabajo español muestra signos inequívocos de mejora a partir de 2014, aunque se mantengan todavía defectos de necesaria superación:

a) Siendo comprobable la mayor creación de empleo desde finales de 2013, no se ha recuperado todavía sino el 15% de los empleos destruidos a partir del año 2008.

b) A pesar de la progresiva disminución del número de parados desde el año 2013, todavía la tasa de paro global se situaba en el segundo trimestre de 2015 en el 22,5%, en comparación con la tasa media del 9,6% en la UE/28.

c) Resultando cierto que la situación de los jóvenes ha mejorado, sigue siendo ésta muy inquietante al mantenerse la tasa de desempleo en un 53% en 2014, reduciendo solo en 2,5 puntos la tasa del 2013.

d) De otro lado, la tasa de paro de las personas sin empleo durante más de un año se

ha situado en el 52,8% en el año 2014, cuando solo era del 18% en el año 2008, lo que confirma el crecimiento del paro estructural.

10. Los primeros elementos de evaluación obligan a tomar en cuenta de los objetivos perseguidos por las reformas del mercado de trabajo a partir del año 2008, resumidos en estos cuatro: (1) promover la creación de empleo y reducir la dualidad del mercado de trabajo; (2) favorecer mecanismos de flexibilidad interna en las empresas, como alternativa a los despidos o reducciones de las plantillas; (3) descentralizar la negociación colectiva a nivel empresarial; y (4) mejorar la empleabilidad de las personas.

Las valoraciones derivadas de los análisis de referencia –sobre todo de la OCDE– se centran principalmente en la reforma laboral de 2012, valorada como la más extensa e intensa de cuantas otras han tenido lugar, precediéndola o completándola. Y señalan que el tiempo transcurrido desde que se adoptaron las principales medidas innovadoras es todavía demasiado breve para permitir conclusiones definitivas sobre la adaptación de los agentes económicos a los cambios llevados a cabo. Hecha esta reserva inevitable, hay coincidencia en destacar que el objetivo más logrado, de los cuatro perseguidos, ha sido el fortalecimiento de los mecanismos de flexibilidad interna, con su plausible efecto de reducción de pérdida de puestos de trabajo, bien que a costa de haber impuesto un rígido ajuste de los salarios.

En cambio se considera que los resultados del objetivo tercero, siendo ya visibles, son de momento poco relevantes. Menos optimismo merecen los objetivos primero y cuarto, a pesar de haberse evitado la pérdida de puestos de trabajo –60.000, según el BBVA–, haber disminuido algo el desempleo en 0,6 puntos porcentuales y haber aumentado algo –25.000– el empleo indefinido. Y ello por varias razones. La primera es que estos resultados esperanzadores no han tenido un efecto significativo sobre la dualidad del mercado de trabajo, de manera que un parado tiene diez posibilidades más de

conseguir un empleo temporal que un empleo indefinido. E incluso una de las comentadas estrellas de la reforma de 2012, el contrato de apoyo a los emprendedores, se ha saldado con números muy modestos, representativos del 7,3% de los nuevos contratos indefinidos en el año 2014. La segunda razón que impide echar las campanas al vuelo sobre el éxito de los objetivos proyectados, es que el aumento del empleo se sitúa en el ámbito de las empresas de menos de 25 trabajadores. Y aún a las indicadas se añadiría una tercera razón, relativa a la falta de ejecución de las medidas destinadas a mejorar la capacidad personal para conseguir empleos, o empleabilidad, lo que ha impedido a los evaluadores tomarlas en consideración antes del ejercicio de 2015.

En todo caso no debe desmerecerse el hecho de que, tras la crisis de 2008, se hayan acometido en España tres reformas estructurales entre los años 2010 y 2012, coincidentes en perseguir la creación de empleo, introduciendo mecanismos de flexibilidad en el funcionamiento de las empresas, para adaptar el ordenamiento a la incertidumbre de la coyuntura económica y a la certidumbre de la competencia empresarial en los mercados concurrentes, fijado el punto de mira en la necesidad de reducir la extremada dualidad del mercado de trabajo. Con los factores de relativización que se quieran introducir en el balance de los resultados, es imposible ignorar las mejoras ya conseguidas a partir del ejercicio de 2014.

II. INFORME DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN EUROPEA*

A. Recomendaciones específicas a España

Primera: Reforzar la estrategia presupuestaria a partir de 2014, en particular especifi-

* Se trata de un documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea, elaborado el 26 de febrero de 2015 que, consiguientemente, ni expresa ni prejuzga la posición oficial de la Comisión.

cando plenamente las medidas subyacentes para 2015 y los años posteriores, con objeto de corregir el déficit, convirtiéndolo en sostenible en 2016, a más tardar, merced al esfuerzo de ajuste estructural especificado en la Recomendación formulada por el Consejo en el marco del procedimiento de déficit excesivo. La corrección duradera de los desequilibrios presupuestarios exige aplicar de manera creíble ambiciosas reformas estructurales que permitan incrementar la capacidad de ajuste e impulsar el crecimiento y el empleo. Tras lograr la corrección del déficit excesivo, aplicar un ajuste estructural hacia el objetivo a medio plazo no inferior al 0,5 % cada año, e incluso mayor si la coyuntura económica es buena o si resulta necesario para garantizar el respeto de la regla de la deuda con el fin de situar el elevado ratio de deuda de las administraciones públicas en una senda de descenso constante. Esa medida ha de unirse a la garantía de que la nueva autoridad fiscal independiente pueda comenzar a funcionar cuanto antes y a que se apliquen de forma rigurosa y transparente, en todos los niveles de la Administración, las medidas preventivas, correctoras y coercitivas previstas en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, incluidas las relativas a la eliminación de las deudas contraídas con entidades comerciales. Realizar, antes de febrero de 2015, una revisión sistemática del gasto en todos los niveles de la Administración para contribuir a mejorar la eficiencia y la calidad del gasto público. Seguir aumentando la eficiencia del sistema sanitario, sobre todo aumentando la racionalización del gasto farmacéutico, también en los hospitales e intensificando la coordinación entre los distintos tipos de asistencia, preservando al mismo tiempo la accesibilidad para los grupos vulnerables.

Y, sobre todo, adoptar, antes de finales de 2014, una reforma fiscal completa, que simplifique el sistema impositivo y haga que intervenga en mayor medida en el crecimiento y creación de empleo, así como en la preservación del medio ambiente y en la estabilidad de la recaudación. A tal efecto hay que trasladar

la imposición hacia tributos menos distorsionadores como los que gravan el consumo o el deterioro del medio ambiente (por ejemplo, los aplicados a los combustibles) o impuestos recurrentes sobre bienes inmuebles; eliminando numerosas deducciones del impuesto de sociedades y del impuesto sobre la renta de las personas físicas; considerar la posibilidad de reducir las cotizaciones empresariales a la seguridad social, en particular en el caso de los empleos con salarios bajos; seguir corrigiendo el sesgo a favor del endeudamiento en el impuesto de sociedades, tomando medidas para evitar que la fiscalidad obstaculice el funcionamiento armonioso del mercado interior español. Y, desde luego, intensificar la lucha contra la evasión fiscal.

Segunda: Completar la reforma del sector de las cajas de ahorro, por lo que respecta a la aprobación de la legislación de desarrollo, y finalizar la reestructuración de aquellas cajas de titularidad pública, con el fin de acelerar su plena recuperación y facilitar su vuelta a manos privadas. Fomentar los esfuerzos desplegados por los bancos para mantener ratios sólidos de capital y supervisar la actividad de la sociedad de gestión de activos Sareb para garantizar que los mismos se enajenen en los plazos establecidos, minimizando simultáneamente, el coste para el contribuyente. Completar las medidas en curso para ampliar el acceso a la financiación por parte de las Pymes, en particular finalizando las iniciativas ya en marcha para mejorar la intermediación financiera no bancaria. Eliminar los obstáculos que persisten en el marco de la insolvencia empresarial –mejorando los conocimientos especializados de los administradores concursales y la capacidad del sistema judicial para tramitar los asuntos de insolvencia– y desarrollar un marco permanente para la insolvencia personal, prestando especial atención a las consideraciones relativas al adecuado equilibrio entre los derechos de acreedores y deudores y a la estabilidad financiera.

Tercera: Impulsar nuevas medidas para reducir la segmentación del mercado de trabajo en aras de la calidad y sostenibilidad del

empleo, por ejemplo reduciendo el número de tipos de contrato y garantizando un acceso equilibrado a los derechos de indemnización por despido. Proseguir la supervisión periódica de las reformas del mercado de trabajo. Velar por que la evolución de los salarios reales sea coherente con el objetivo de creación de empleo. Reforzar los requisitos de búsqueda de empleo para el acceso a las prestaciones de desempleo. Mejorar la eficacia y la focalización de las políticas activas del mercado de trabajo, incluidas las ayudas a la contratación, sobre todo para quienes tienen más dificultades para acceder al empleo. Reforzar la coordinación entre las políticas del mercado de trabajo y las de educación y formación. Acelerar la modernización de los servicios públicos de empleo para que presten un asesoramiento personalizado eficaz, proporcionen formación adecuada y garanticen la correspondencia entre la demanda y la oferta de empleo, prestando especial atención a los parados de larga duración. Garantizar la aplicación eficaz, antes de finales de 2014, de las iniciativas de cooperación entre los sectores público y privado en los servicios de colocación y supervisar la calidad de los servicios proporcionados. Garantizar el funcionamiento efectivo del Portal Único de Empleo y combinarlo con medidas adicionales de apoyo a la movilidad laboral.

Cuarta: Aplicar la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016, y evaluar su eficacia. Proporcionar ofertas de empleo de buena calidad, contratos de aprendizaje y periodos de prácticas para jóvenes y mejorar el acercamiento a los jóvenes no registrados como desempleados, de conformidad con los objetivos de la Garantía Juvenil actuada desde 2013. Aplicar eficazmente los nuevos programas educativos para mejorar la calidad de la educación primaria y secundaria. Mejorar el apoyo y asesoramiento proporcionados a los grupos con mayor riesgo de abandono escolar prematuro. Aumentar la pertinencia, para el mercado de trabajo, de los distintos tipos de formación profesional y de la enseñanza superior, en particular mejorando la cooperación

con los empleadores y fomentando la formación de tutores y profesores.

Quinta: Aplicar el Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social 2013-2016 y valorar su eficacia para la consecución de la totalidad de sus objetivos. Reforzar la capacidad administrativa y la coordinación entre los servicios sociales y de empleo con el fin de brindar itinerarios integrados de apoyo a quienes se encuentren en situación de riesgo, e impulsar entre las administraciones públicas encargadas de los programas de renta mínima procedimientos racionalizados para facilitar la transición entre los sistemas de rentas mínimas y la incorporación al mercado de trabajo. Mejorar la orientación de los programas de apoyo a las familias y los servicios de calidad dando prioridad a los hogares de rentas bajas con hijos, para garantizar la eficacia y la progresividad de las transferencias sociales.

Sexta: Garantizar una aplicación rápida y ambiciosa de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, en todos los niveles de la Administración. Aprobar una reforma ambiciosa de los servicios y Colegios profesionales antes de finales de 2014, definiendo las profesiones que exigen la inscripción en una corporación tal, así como las normas de transparencia y rendición de cuentas de los organismos profesionales, liberalizando las actividades reservadas injustificadamente y preservando la unidad de mercado en el acceso a los servicios profesionales y su ejercicio en España. Reducir el tiempo, el coste y el número de trámites necesarios para establecer y poner en funcionamiento una empresa. Corregir las restricciones injustificadas al establecimiento de grandes superficies comerciales, en concreto mediante la revisión de las disposiciones regionales de urbanismo. Determinar fuentes de financiación para la nueva estrategia nacional de ciencia, tecnología e innovación y hacer operativa la nueva Agencia Estatal de Investigación.

Séptima: Tras la reforma de 2013, garantizar la eliminación efectiva del déficit del sector eléctrico a partir de 2014, tomando, en

su caso, las medidas estructurales adicionales necesarias. Abordar el problema de las autopistas de peaje insolventes, de modo que se minimicen los costes para el Estado. Establecer, antes de finales de 2014, un observatorio independiente que contribuya a la evaluación de los grandes proyectos futuros de infraestructura. Adoptar medidas que garanticen la competencia eficaz en los servicios de transporte ferroviario de pasajeros y mercancías.

Octava: Aplicar, en todos los niveles de la Administración, las recomendaciones de la Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas. Reforzar los mecanismos de control e incrementar la transparencia de las decisiones administrativas, en particular a nivel local y regional. Completar y supervisar cuidadosamente las medidas en curso para luchar contra la economía sumergida y el trabajo no declarado. Adoptar las reformas pendientes de la estructura del sistema judicial y del mapa judicial y garantizar la aplicación de las reformas aprobadas.

B. Avances comprobados

A la hora de calibrar estos avances, el Informe utiliza una clasificación de cuatro elementos para diferenciar los avances importantes, los avances limitados, los que podrían considerarse avances intermedios –denominados más ambiguamente «algunos avances»– y, finalmente, los avances nulos o inexistentes. Conforme a esa tipología se presentan los que corresponden a la actitud de España respecto a cada una de las Recomendaciones comunitarias, observando que los más frecuentemente registrados son los avances intermedios, a los que siguen los limitados, después los importantes y, por último, los inexistentes.

a) En relación con la primera Recomendación

Avances importantes se han conseguido para garantizar que la nueva Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIRF) sea plenamente operativa lo antes posible. En estos momentos ya está trabajando.

Algunos avances se han registrado en la eliminación de las deudas contraídas por el sector público con entidades comerciales y, el 25 de noviembre de 2014, el Ministerio de Hacienda publicó por primera vez datos sobre los plazos medios de pago de todos los niveles de las Administraciones Públicas. En 2014 el Consejo de Política Fiscal y Financiera debatió propuestas de revisión del gasto de las Comunidades Autónomas en atención sanitaria, educación, gasto social y Administración Pública. Sin embargo, dicha revisión del gasto no ha sido publicada. Asimismo, algunos avances se han manifestado en la mejora de la relación coste/eficacia de la sanidad. Desde 2012 prosiguen las reformas para mejorar la eficiencia y el control del gasto sanitario, además de reformas de la Administración Pública que han contribuido a racionalizar el sector y mejorar su eficiencia. Y, finalmente, algunos avances se han registrado en materia de reforma fiscal general con el fin de simplificar el sistema tributario y hacerlo más propicio al crecimiento y la creación de empleo. El 20 de noviembre de 2014 se aprobó una reforma del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto de Sociedades, que se aplicará a partir de enero de 2015. También se registraron algunos avances en materia de lucha contra la evasión fiscal, pero no en el ámbito de la fiscalidad medioambiental.

Avances limitados se han registrado en la plena aplicación de las medidas preventivas, correctoras y ejecutivas de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria a todos los niveles de la Administración Pública. Pero la mayoría de los planes económicos y financieros para las Comunidades Autónomas que no cumplieron el objetivo de déficit en 2013, se adoptaron a finales de 2014. Y hasta julio de 2014, el Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF) solo había aprobado el Plan Económico Financiero de Aragón. El 23 de diciembre de 2014 aprobó los de Cataluña, Valencia, Murcia, Cantabria y Castilla-La Mancha. Por otra parte, en el ejercicio anterior no se adoptó ninguna medida preventiva con respecto a las Comunidades Autónomas con riesgo de in-

cumplimiento del objetivo de déficit de 2014, a pesar del perceptible deterioro en la ejecución de los presupuestos autonómicos.

b) En relación con la segunda Recomendación

Avances importantes se han hecho en el fomento de los esfuerzos de los bancos para dotarse de unos coeficientes del capital sólidos. Asimismo, para completar las medidas en curso destinadas a facilitar el acceso de las Pymes a la financiación. El 6 de junio de 2014 fue aprobado el Plan de medidas para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (que incluye medidas para impulsar las líneas de crédito del Instituto de Crédito Oficial, ICO, y mejorar el acceso de las Pymes a financiación mediante el refuerzo de las garantías bancarias gestionadas por el ICO. El 4 de julio de 2014 fue aprobado el Real Decreto-ley que establece medidas relativas a los denominados «bonos de internacionalización». Por otro lado, el 3 de octubre de 2014 el Gobierno adoptó un anteproyecto de Ley de Fomento de la Financiación Empresarial.

Algunos avances se han registrado respecto a la reforma del sector de las cajas de ahorros. El 4 de junio de 2014 se aprobó una nueva Ley sobre solvencia y en octubre de 2014 se inició el debate del anteproyecto de la Ley de cajas de ahorros. También, en el seguimiento de la actividad de la Sociedad de Gestión de Activos (SAREB), que sigue vendiendo sus activos a un ritmo moderado, concentrándose en zonas clave como Barcelona, Madrid, Málaga y Alicante. El 28 de noviembre de 2014 el Gobierno aprobó un anteproyecto de ley sobre un nuevo régimen de reestructuración y resolución de entidades de crédito e, igualmente, en la eliminación de los obstáculos que persisten en materia de insolvencia empresarial. El 5 de septiembre de 2014 se aprobó el Real Decreto ley 11/2014 de Medidas Urgentes en Materia Concursal (un grupo de trabajo especial supervisará su aplicación y publicará informes anuales). El 30 de septiembre de 2014, se aprobó la Ley 17/2014, relativa a la revisión del procedimiento preconcursal y a la mejora del sistema de administradores concursales.

c) En relación con la tercera Recomendación

Avances importantes se han registrado para garantizar el funcionamiento eficaz del Portal Único de Empleo *Empleate*, que comenzó a funcionar el 17 de julio de 2014 (www.empleate.gob.es). No obstante, la actualización permanente de los empleos vacantes todavía no funciona en todas las Comunidades Autónomas.

Algunos avances se han registrado en materia de seguimiento continuo de las reformas del mercado de trabajo. También, para promover una evolución real de los salarios coherente con el objetivo de creación de puestos de trabajo. Sus redactores denuncian que en el momento en que se elaboraba el Informe, el nuevo acuerdo plurianual en materia de empleo y negociación colectiva para 2015, 2016 y 2017 aún no había sido aprobado por los interlocutores sociales y lo mismo ocurría respecto del refuerzo de la obligación de búsqueda de trabajo para poder beneficiarse de las prestaciones de desempleo. La Estrategia de Activación para el Empleo 2014-2016, aprobada el 5 de septiembre de 2014, se propone, entre otras cosas, reforzar la vinculación entre las políticas activas y pasivas de empleo mediante el fomento de la exigencia de activación de los desempleados que reciben subsidios o prestaciones de desempleo, para mejorar la eficacia y focalización de las políticas activas del mercado de trabajo. El 19 de diciembre de 2014 se aprobó un nuevo programa de activación y ayuda a los desempleados de larga duración (Real Decreto-ley 16/2014), también con vistas a garantizar una efectiva aplicación de la colaboración entre los sectores público y privado en los servicios de colocación. El acuerdo marco con las agencias privadas se formalizó a finales de 2014, quedando pendiente la firma de acuerdos bilaterales entre los servicios públicos de empleo autonómicos y estatales y las agencias de empleo. El acuerdo entre el Servicio Público de Empleo Estatal y las agencias privadas relativo a los beneficiarios del programa PREPARA se firmó a finales de 2014, pero es probable que el proceso se retrase debido a ciertas incidencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Avances limitados se han operado en la aplicación de nuevas medidas para reducir la segmentación del mercado de trabajo y favorecer el empleo sostenible y de calidad. El 25 de febrero de 2014 el Gobierno introdujo una reducción temporal de la aportación empresarial a la seguridad social en caso de contrato laboral de duración indefinida y el 26 de diciembre de 2014 la prorrogó hasta el 31 de marzo de 2015 (Real Decreto-ley 17/2014), no habiéndose adoptado ninguna otra medida pertinente, ni tampoco en materia de fortalecimiento de la coordinación entre el mercado de trabajo y las políticas de educación y formación. Está implantándose la nueva educación y formación profesional básica y el Gobierno trabaja actualmente en la ampliación del marco de formación profesional dual.

Se han registrado avances limitados en la aceleración de la modernización de los servicios públicos de empleo. La Estrategia de Activación para el Empleo 2014-2016, aprobada el 5 de septiembre de 2014, establece un conjunto común de servicios, fijados por el Real Decreto aprobado el 16 de enero, que los servicios públicos de empleo habrán de prestar a todos los desempleados.

d) En relación con la cuarta Recomendación

Algunos avances se han registrado en la aplicación de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 y la evaluación de su eficacia. La mayor parte de sus medidas a corto plazo ya se han aplicado; no obstante, muchas de las medidas a medio y largo plazo, así como la primera evaluación, están aún en curso. También, en el establecimiento del marco jurídico nacional para la aplicación de la Garantía Juvenil. Asimismo, en la aplicación de los nuevos programas educativos para aumentar la calidad de la enseñanza primaria y secundaria. La Ley de Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE) se está aplicando gradualmente desde el inicio del curso 2014/2015, incluido el nuevo curso básico de formación profesional (concebido también como una medida para afrontar el abandono escolar prematuro) y la nueva evaluación de los resultados del alumnado.

Avances limitados se han manifestado en la disponibilidad de ofertas de empleo de calidad, contratos de aprendizaje y períodos de prácticas para jóvenes, así como en la forma de acercamiento a los jóvenes no registrados como desempleados, en consonancia con los objetivos de la Garantía Juvenil. También, en la mejora de la orientación y el apoyo a los grupos que presentan riesgo de abandono escolar prematuro. Igualmente, para una mayor adecuación al mercado laboral de la formación profesional y la educación superior. Se ha creado un comité específico en la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales que examinará, entre otras cosas, la relevancia de los currícula de educación y formación para las necesidades del mercado laboral. No obstante, los esfuerzos con vistas a mejorar la cooperación de los centros de educación superior con las empresas se están relajando. Existen planes para una extensión de la formación profesional dual en 2015, pero todavía persisten importantes divergencias en su aplicación en función de las Comunidades Autónomas.

e) En relación con la quinta Recomendación

Avances limitados se han registrado en la aplicación del Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social 2013-2016. Igualmente, en el refuerzo de la capacidad administrativa y la coordinación entre los servicios sociales y de empleo. El Acuerdo de julio de 2014 firmado por el Gobierno y los interlocutores sociales incluye medidas específicas para evaluar, junto con las Comunidades Autónomas, los diferentes regímenes de renta existentes en España, en términos de cobertura y relación con la empleabilidad (es importante la REP 3 por lo que respecta al nuevo programa temporal de apoyo y las medidas de activación para parados de larga duración). Asimismo, en la mejora de la orientación específica de los sistemas de apoyo familiar y en servicios de calidad en favor de los hogares de rentas bajas con hijos, para garantizar la progresividad y la eficacia de las transferencias sociales. El 12 de septiembre de 2014 se adoptaron el Plan de acción de la

Estrategia Española de Discapacidad, el Plan de acción para la Igualdad en la Sociedad de la Información y la Estrategia Juventud 2020. El Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) todavía está en fase de negociación. Una asignación especial de 17 millones EUR se incluyó en el presupuesto nacional de 2014 para abordar la situación de las familias que sufren privación material grave con hijos a cargo, incluidas las gitanas. La asignación se incrementó hasta 32 millones EUR en el presupuesto de 2015.

f) En relación con la sexta Recomendación

Avances importantes se han registrado en la lucha contra las restricciones injustificadas a la implantación de grandes superficies comerciales tras la aprobación, el 4 de julio de 2014, del Real Decreto-ley 8/2014, que facilita los procedimientos de concesión de licencias para el establecimiento, venta y ampliación de superficies comerciales. Sin embargo, se requiere una aplicación fluida de esta reforma en las Administraciones locales y autonómicas para que los cambios produzcan los resultados esperados.

Algunos avances se han registrado en la aplicación de la Ley 20/2013 de Garantía de la Unidad de Mercado, pero los retrasos persisten, sobre todo en las Administraciones locales y autonómicas. Asimismo, en la reducción del tiempo, coste y número de trámites requeridos para crear una empresa. La aplicación de la Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores sigue adelante, aunque la Ley de Evaluación Ambiental, aprobada en diciembre de 2013, todavía no ha sido aplicada en su totalidad por las diferentes Comunidades Autónomas. A pesar de los progresos, los más recientes indicadores relativos a la facilidad de creación de empresas apuntan a que resulta más gravoso hacerlo en España que en otros países que comparten sistemas jurídicos similares.

Avances limitados se han manifestado en la determinación de las fuentes de financiación de la nueva Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación. El Real Decreto 475/2014, aprobado el 13 de junio de 2014, permite a las empresas deducir un 40% de sus

cotizaciones a la seguridad social en caso de contratación de trabajadores a tiempo completo para desarrollar tareas de I+D+i. El presupuesto nacional de 2015 aumenta el gasto público en investigación e innovación en un 4,8%. No obstante, ello se debe en parte a un fuerte aumento del gasto en investigación e innovación militar. Además, una parte considerable del aumento se destina a reembolsar subvenciones a proyectos plurianuales de investigación e innovación comprometidas en ejercicios anteriores. En la práctica, esto supone que solo una pequeña parte del incremento del presupuesto público de investigación e innovación servirá para apoyar la Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación.

Ningún avance se ha registrado respecto de la adopción de la reforma de los servicios profesionales y las asociaciones profesionales. Tampoco en el establecimiento de una nueva Agencia estatal de investigación.

g) En relación con la séptima Recomendación

Algunos avances se han registrado para garantizar la eliminación efectiva del déficit del sistema eléctrico a partir de 2014. El 6 de junio de 2014 el Gobierno adoptó un nuevo sistema de remuneración para las centrales de energías renovables existentes y nuevas, que afecta a los ingresos de las centrales en funcionamiento. El 4 de julio de 2014, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decretoley 8/2014 para corregir el creciente déficit de la tarifa del gas. El 12 de diciembre de 2014 el Gobierno aprobó el Real Decreto 1054/2014, destinado a financiar el déficit de tarifa de 2013 de las cinco grandes eléctricas, estimado en 3.540 millones de euros, y a abordar los «desequilibrios cíclicos» en los próximos años. También, para afrontar el problema de la insolvencia de las autopistas de peaje con el fin de minimizar los costes para el Estado. En marzo de 2014 las autoridades propusieron la creación de una empresa pública que asumiera las autopistas y presentaron un plan de reestructuración a los acreedores. El 17 de octubre de 2014 la Administración

inició el procedimiento concursal mediante la presentación de una propuesta oficial para el rescate de las autopistas, exigiendo a las partes negociadoras que llegasen a un acuerdo, que debería ser aprobado posteriormente por los tribunales, e igualmente en la adopción de medidas para garantizar la competencia efectiva en los servicios de transporte de mercancías y viajeros por ferrocarril. El 4 de julio de 2014 el Consejo de Ministros adoptó el Real Decreto-ley 8/2014, por el que se crea un fondo para mejorar la accesibilidad terrestre portuaria. El 13 de junio de 2014 el Consejo de Ministros anunció que se concedería una licencia (válida a partir de 2015) para competir con el operador histórico Renfe, en la red ferroviaria entre Madrid, Valencia, Alicante, Murcia y Castellón. Tras siete años bajo este régimen de licencia, el corredor se abrirá plenamente a la competencia.

Avances limitados han tenido lugar en la creación de un organismo independiente que contribuya a evaluar los futuros grandes proyectos de infraestructura. El 30 de junio de 2014 se aprobó, por Orden Ministerial, la creación de un Consejo Asesor de Infraestructuras.

h) En relación con la octava Recomendación

Algunos avances se han registrado en todos los niveles de la Administración Pública en la aplicación de las recomendaciones de la Comisión para la reforma de aquélla. A finales de diciembre de 2014 ya se habían aplicado 129 de las 222 medidas de reforma de la Administración Pública (58,1% del total), mientras que otras 61 se encontraban en fase avanzada de ejecución y también en la consolidación de la transparencia de las decisiones administrativas. Las disposiciones sobre la transparencia y el acceso público a la información se hicieron efectivas en diciembre de 2014, a nivel de la Administración central, debiendo entrar en vigor, en diciembre de 2015, para las Administraciones locales y autonómicas. Los redactores del Informe manifiestan que su trabajo coincidía con la entrada en el Parlamento de numerosos

proyectos de ley: el de Ley Orgánica de Control de la Actividad Económico-Financiera de los Partidos Políticos y el de Ley Reguladora del Ejercicio del Alto Cargo de la Administración General del Estado y modificaciones del Código Penal para tipificar como delito la financiación ilegal de partidos y ampliar los plazos de prescripción de los delitos relacionados con la corrupción, así como los relativos a la finalización y control exhaustivo de las medidas en curso para luchar contra la economía sumergida y el trabajo no declarado. Respecto de la adopción de las reformas judiciales pendientes, un proyecto de Ley sobre la estructura del poder judicial fue aprobado por el Gobierno el 14 de abril de 2014, objeto de posterior revisión para delimitar su alcance. Además, el 21 de febrero de 2014 se presentó al Parlamento un Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica y el 1 de agosto de 2014, otro de Jurisdicción Voluntaria.

Ningún avance se ha manifestado en el refuerzo de los mecanismos de control, en particular, en los niveles autonómico y local. No ha habido iniciativas para potenciar estas competencias en los ámbitos de la contratación pública y la planificación urbanística.

C. Objetivos de la Estrategia Europea 2020

Los objetivos de la Estrategia Europea 2000, para España, se han cifrado en los ocho siguientes:

1º) Objetivo de tasa de empleo fijado en el Programa Nacional de Reformas (PNR), de 2013: 74% de las personas de 20 a 64 años.

2º) Objetivo de I+D fijado en PNR de 2013: 3%.

3º) Objetivo nacional de emisiones de gases de efecto invernadero: en 2020, un 10% por debajo de los niveles de 2005 en los sectores no incluidos en el RCDE.

4º) Objetivo de energías renovables fijado en el PNR de 2013: 20%.

5º) Objetivo de eficiencia energética en 2020 es consumir 121,6 Mtep de energía primaria (82,9 Mtep en términos de consumo final de energía).

6º) Objetivo de abandono escolar prematuro: 15%.

7º) Objetivo de educación terciaria: 44%.

8º) Objetivo de reducción de la población en riesgo de pobreza o exclusión social en 1,4/1,5 millones de personas.

D) Logros alcanzados

Los logros que se consideran más o menos alcanzados, se cifran en los ocho correlativos siguientes:

1º) La tasa de empleo (de las personas de 20 a 64 años) pasó del 59,6% en 2012 al 58,6% en 2013 y al 60,4 % en el tercer trimestre de 2014. La economía española se recuperó durante 2014 y la creación de empleo respondió positivamente. Ello se debió, en parte, a la mayor flexibilidad derivada de las reformas del mercado de trabajo introducidas en los últimos años, y a la moderación salarial.

2º) El gasto interior bruto en I+D (en porcentaje del PIB) se situó en el 1,27% en 2012 y en el 1,24% en 2013.

3º) Según las últimas proyecciones nacionales presentadas a la Comisión y teniendo en cuenta las medidas existentes, se prevé que el objetivo de emisión de gases de efecto invernadero no será alcanzado, puesto que en 2020 se registrará un -2 % en comparación con 2005 (es decir, un déficit de 8 puntos porcentuales).

4º) El porcentaje de energías renovables en el consumo final bruto de energía en 2011, 2012 y 2013 fue, respectivamente, del 13,2%, el 14,3% y el 15,5% (Eur'Observ'ER). España ha avanzado adecuadamente en el aumento de dicho porcentaje, pero debido a los recientes cambios políticos existe el riesgo de que el objetivo de 2020 no se alcance.

5º) El consumo de energía final y primaria se ha reducido en el periodo 2012-2015 y

España está en vías de alcanzar su objetivo nacional de eficiencia energética. Sin embargo, existen riesgos cuando se recupere el crecimiento económico.

6º) Aunque a la baja, el porcentaje de personas que abandonan prematuramente la enseñanza y la formación (porcentaje de la población de entre 18 y 24 años que ha cursado el primer ciclo de educación secundaria y que no sigue un programa de educación o formación) se redujo del 27,7% en 2012 al 23,6% en 2013 y al 22,3% en el tercer trimestre de 2014, aunque con diferencias considerables entre Comunidades Autónomas. Estos buenos avances pueden atribuirse en parte a la eficacia de los programas específicos, así como a su aplicación en las Comunidades Autónomas.

7º) El porcentaje de estudiantes de educación terciaria en España está muy por encima de la media de la UE, habiendo alcanzado el 41,5% en 2012 y el 42,3% en 2013, aunque la calidad y la adecuación al mercado laboral de la enseñanza superior ponen de manifiesto las deficiencias.

8º) El número de personas en riesgo de pobreza o exclusión social alcanzó los 12,6 millones en 2013, bien que, debido a un cambio en la metodología utilizada para calcular los indicadores basados en los ingresos, los datos sobre estas personas correspondientes a 2013 no son comparables con los de años anteriores. Sin embargo, dos de los tres componentes de este grupo (personas que viven en hogares con intensidad de trabajo muy baja y personas en situación de privación material grave) han registrado un fuerte aumento desde 2011. El número de personas en situación de privación material grave ha aumentado en 762.000 desde 2011 y totalizaba más de 2,8 millones en 2013 (3,2 millones según los datos provisionales para 2014). Del mismo modo, el número de personas que viven en hogares con intensidad de trabajo muy baja se ha incrementado en 794.000 entre 2011 y 2013, alcanzando los 5,6 millones.

En cuanto a la evolución del empleo, en el periodo comprendido entre el 2008 y el 2014, el cuadro siguiente ofrece un buen compendio:

MERCADO DE TRABAJO E INDICADORES SOCIALES EN ESPAÑA, 2008-2014

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Tasa de empleo (% de la población de 20-64 años)	68,5	64,0	62,8	62,0	59,6	58,6	59,9
Aumento del empleo (variación porcentual respecto del año anterior)	0,2	-6,3	-1,7	-2,5	-3,7	-2,6	0,7
Tasa de empleo femenino (% de la población femenina de 20-64 años)	58,9	56,8	56,3	56,1	54,6	53,8	54,8
Tasa de empleo masculino (% de la población masculino de 20-64 años)	77,9	71,0	69,2	67,7	64,6	63,4	65,0
Tasa de empleo de los trabajadores de más edad (% de la población de 55-64 años)	45,5	44,0	43,5	44,5	43,9	43,2	44,3
Empleo a tiempo parcial (% del empleo total, edad igual o superior a 15 años)	11,8	12,5	13,0	13,6	14,5	15,8	15,9
Empleo femenino a tiempo parcial (% del empleo femenino, edad igual o superior a 15 años)	22,0	22,4	22,7	22,9	23,9	25,3	25,4
Empleo masculino a tiempo parcial (% del empleo masculino, igual o superior a 15 años)	4,2	4,9	5,3	5,9	6,6	7,8	7,9
Empleo de duración determinada (% de trabajadores con un Contrato de duración determinada, edad igual o superior a 15 años)	29,1	25,2	24,7	25,1	23,4	23,1	23,9
Transiciones del empleo temporal al permanente	20,1	17,8	15,9	10,8	14,4	14,4	-
Tasa de desempleo ¹ (% de la población activa, grupo de 15-64 años)	11,3	17,9	19,9	21,4	24,8	26,1	24,5
Tasa de desempleo de larga duración ² (% de la población activa)	2,0	4,3	7,3	8,9	11,0	13,0	13,0
Tasa de desempleo juvenil (% de la población activa de 15-24 años)	24,5	37,7	41,5	46,2	52,9	55,5	53,2
Tasa de jóvenes sin empleo, trabajo o formación (% de la población de 15-24 años)	14,3	18,1	17,8	18,2	18,6	18,6	-
Jóvenes que abandonan prematuramente la educación o la formación (% de la población de 18-24 años en posesión como máximo de un título de primer ciclo de enseñanza secundaria y que no recibe educación o formación)	31,7	30,9	28,2	26,3	24,7	23,6	-
Titulación de enseñanza superior (% de la población de 30-34 años en posesión de un título de enseñanza superior)	41,3	40,7	42,0	41,9	41,5	42,3	-

(1) Las personas desempleadas son las personas que no estaban empleadas, pero habían buscado trabajo activamente y estaban dispuestas a empezar a trabajar inmediatamente o en un plazo de dos semanas. La mano de obra está formada por el número total de personas empleadas y desempleadas.

(2) Los desempleados de larga duración son las personas que han estado desempleados durante al menos 12 meses.

Fuente: Comisión Europea (Encuesta de Población Activa de la UE y Sistema Europeo de Cuentas Nacionales).

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Servicios formales de guardería (de 1 a 29 horas;% sobre la población de menos de 3 años)	22,0	18,0	20,0	20,0	21,0	-	-
Servicios formales de guardería (30 horas o más;% sobre la población de menos de 3 años)	16,0	18,0	18,0	19,0	15,0	-	-
Productividad laboral por persona empleada (variación porcentual anual)	0,9	2,7	2,7	2,0	2,4	2,1	0,7
Horas trabajadas por persona empleada (variación porcentual anual)	0,5	0,4	-0,5	0,4	-0,7	-0,3	0,2
Productividad laboral por hora trabajada (variación porcentual anual; precios constantes)	0,4	2,5	2,3	1,6	2,5	1,7	-0,3
Remuneración por trabajador (variación porcentual anual; precios constantes)	4,6	4,1	0,9	0,8	-0,8	1,0	1,2
Aumento de los costes laborales unitarios nominales (variación anual porcentual)	5,6	1,4	-1,8	-1,0	-3,0	-1,7	-
Aumento de los costes laborales unitarios reales (variación porcentual anual)	3,2	1,3	-1,8	-1,0	-3,0	-2,3	-

Balance de la actividad del Consejo de la Unión Europea en materia de relaciones laborales y condiciones de trabajo, protección social e inclusión social, seguridad social, e igualdad (2012-2013)

Activity report of the Council of the EU on labour relations and working conditions, social protection and social inclusion, social security and equality (2012-2013)

MIGUEL COLINA ROBLEDO*

SUMARIO: 1. RELACIONES LABORALES Y CONDICIONES DE TRABAJO: LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. 1.1. El desplazamiento de trabajadores en el marco de la libre prestación de servicios. 1.2. Las acciones colectivas en el contexto de la libertad de establecimiento y de la libertad de prestación de servicios. 1.3. La protección de los trabajadores frente a la exposición a los riesgos derivados de los agentes físicos (campos electromagnéticos). 1.4. El Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG) 2014-2020. 1.5. El programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social (EaSI) 2014-2020. 2. LA DIMENSIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y DE LA INCLUSIÓN SOCIAL EN LA ESTRATEGIA EUROPA 2020. 2.1. Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2012. 2.2. El impacto social de la crisis económica y de la consolidación fiscal 2012. 2.3. Los programas nacionales de reforma 2012 y la aplicación de las Recomendaciones específicas por país 2011. 2.4. La evaluación del Semestre Europeo y la supervisión temática de las políticas sociales 2012. 2.5. La situación social y las tendencias en la UE: las conclusiones y los mensajes clave en el Semestre Europeo 2013. 2.6. El examen de los PNR 2013 y las recomendaciones específicas por país 2012. 2.7. La evaluación transversal de la propuesta de recomendaciones del Consejo 2013. 2.8. La evaluación de las políticas sociales y de empleo del Semestre Europeo 2013. 2.9. Las reformas de la política social para el crecimiento y la cohesión: las prioridades políticas del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2014. 3. SEGURIDAD SOCIAL. 3.1. La adecuación de las pensiones en la UE. 3.2. La dimensión externa de la coordinación de la seguridad social en la UE. 3.3. La adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión. 4. POLÍTICA SOCIAL. 4.1. La respuesta a los retos. 4.2. La lucha contra la pobreza y la exclusión social infantil. 4.3. El Año Europeo del envejecimiento activo y de la solidaridad entre las generaciones 2012. 4.4. El Fondo Europeo de Ayuda de las Personas más Desfavorecidas (FEAD) 2014-2020. 4.5. La integración de los gitanos. 4.6. La inversión social para el crecimiento y la cohesión. 4.7. La dimensión social de la Unión Económica y Monetaria. 5. LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES. 5.1. El equilibrio de género en los consejos de administración de las empresas cotizadas en bolsa. 5.2. El principio de igualdad de trato entre las personas sin distinción de religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 5.3. La mujer y el medio ambiente. 5.4. La lucha contra la violencia contra las mujeres. 5.5. La mujer en los medios de comunicación. 5.6. El progreso de las mujeres y de la igualdad de género.

* Vocal-Asesor Secretaria General Técnica Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Como complemento de la crónica recogida en el número 117 de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (págs 311 a 375), dedicada a la adopción y puesta en marcha de la Estrategia Europa 2020, con especial referencia a la dimensión del empleo, en el periodo 2012-2013, en este número se hace balance de la actividad del Consejo de la UE en su formación de ministros de Empleo y Política Social (EPSSCO), en materia de relaciones laborales y condiciones de trabajo, con atención particular a la seguridad y la salud laboral; la protección y la inclusión social en el marco de la Estrategia Europa 2020; política social; la seguridad social; y la igualdad y la no discriminación, en el periodo comprendido entre el 1.01.2012 y el 31.12.2013.

1. RELACIONES LABORALES Y CONDICIONES DE TRABAJO: LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO

En materia de relaciones laborales y de condiciones de trabajo el Consejo EPSSCO se ha ocupado de: el desplazamiento de los trabajadores en el marco de la libre prestación de servicios, el ejercicio del derecho a la adopción de acciones colectivas en el contexto de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios; en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, de la protección de los trabajadores frente a la exposición a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos); y en cuanto a los instrumentos financieros para facilitar el logro de los objetivos de la Estrategia Europa 2020 en materia de empleo e inclusión social, de los reglamentos del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización y del Programa Europeo para el Empleo y la Innovación Social.

1.1. El desplazamiento de los trabajadores en la libre prestación de servicios

A partir del 27.03.2012 el Consejo inició los trabajos para la adopción de la Directiva

del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, relativa al desplazamiento de los trabajadores en el marco de la prestación de servicios y por la que se modifica el Reglamento UE 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del sistema de información del mercado interior (IMI), que tras las reuniones del Consejo EPSSCO, de 21.06 y 6.12.2012 y de 20.06, 15.10 y 9.12.2013, concluyeron con su adopción, y tras el acuerdo con el Parlamento Europeo su aprobación conjunta el 13.05.2014 y su publicación L 159 del 28.05.2014.

Con esta Directiva se trata de aclarar y mejorar la aplicación y puesta en práctica de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y más concretamente fijar estándares más ambiciosos para la información sobre los derechos y las obligaciones de los trabajadores y las empresas, establecer normas más claras para la cooperación entre las autoridades nacionales competentes en materia de desplazamiento de trabajadores; aclarar los elementos de la definición de desplazamiento y las posibilidades de aplicación de las medidas nacionales de control y definir las posibilidades y responsabilidades de las inspecciones nacionales; mejorar el cumplimiento de los derechos, incluyendo la gestión de las reclamaciones y la introducción de un sistema limitado de responsabilidades solidarias a nivel de la UE; y facilitar la ejecución transfronteriza de multas y sanciones administrativas derivadas del incumplimiento de la Directiva, mediante un sistema de asistencia y reconocimiento mutuo.

El texto de la Directiva 2014/67/UE consta de una exposición de motivos con 51 considerandos y de 26 artículos, que se ocupan de: las disposiciones generales, que incluyen su objeto, fijar un marco común de disposiciones apropiadas, de medidas y mecanismos de control necesarios para la puesta en práctica, aplicación y cumplimiento mejor y más uniforme de la Directiva 96/71/CE, incluyendo medidas de prevención y de sanción de los abusos

e incumplimientos de las normas aplicables, garantizando al tiempo el respeto del nivel de protección mínimo apropiado de los derechos de los trabajadores desplazados en el marco de libre prestación de servicios, facilitando el ejercicio de esta libertad y promoviendo un clima de concurrencia justa, sin que su interpretación afecte al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la legislación de los Estados miembros y de la Unión, incluido el derecho o la libertad de huelga y de otras acciones reguladas por los sistemas nacionales de relaciones laborales, ni al derecho a negociar, concluir y aplicar los convenios colectivos y a adoptar medidas de conflicto colectivo conforme a las legislaciones y prácticas nacionales; las definiciones de autoridad competente, autoridad solicitante y autoridad receptora de la petición; autoridades competentes y centros de enlace; identificación de los desplazamientos reales y prevención de abusos y elusiones y de los elementos que permitan discernir si una empresa desarrolla actividades, además de las de pura gestión interna o administrativa, en el territorio del Estado miembro donde está establecida, y si un trabajador desplazado temporalmente desarrolla su actividad en otro Estado miembro diferente de aquel en el que trabaja habitualmente; el acceso a la información, y la mejora de ésta; la cooperación administrativa, estableciendo los principios generales de la asistencia mutua entre los Estados miembros; el papel de los Estado miembro; y las medidas de acompañamiento para facilitar y promover el intercambio entre funcionarios responsables de la aplicación de la cooperación administrativa y del asistencia mutua, y el desarrollo y actualización de las bases de datos con información sobre los términos y condiciones de empleo que deben ser respetadas; la supervisión del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva, que contiene los requisitos administrativos y las medidas de control que pueden adoptadas por los Estados miembros; y los mecanismos y procedimientos de inspección para la supervisión de la aplicación de sus normas, teniendo en cuenta las características competenciales de las inspecciones en los distintos Estados

miembros; la garantía del cumplimiento, donde se regula la defensa de los derechos y el reconocimiento de la legitimación activa con este fin, los procedimientos para facilitar la denuncia y el pago de los atrasos; y la responsabilidad en la subcontratación, con especial referencia a las obligaciones del contratista y a la responsabilidad solidaria de éste y del subcontratista o subcontratistas intervinientes en el procedimiento; la ejecución transfronteriza de las multas y sanciones administrativas, a través de la regulación de los principios generales de la asistencia y del reconocimiento mutuo de éstas, especialmente en el Estado miembro donde está establecida la empresa que desplaza a los trabajadores; la petición de cobro o notificación de información y asistencia; los motivos de denegación; la suspensión del procedimiento; y los costes derivados de la gestión de cobro; y las disposiciones finales, que regulan el régimen de sanciones, y el Sistema de Información del Mercado Interior, y la transposición y la revisión de su aplicación; la entrada en vigor y los destinatarios de la Directiva.

1.2. Las acciones colectivas en el contexto de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios

En el Consejo EPSSCO de 21.06.2012, se presentó el balance de los trabajos desarrollados a partir del 27.03.2012 con vistas a la aprobación de un Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar acciones colectivas en el contexto de la libertad de establecimiento y de la libertad de prestación de servicios, propuesto por la Comisión el 21.03.2012, que en sus 16 considerandos y 5 artículos venía a confirmar la igualdad en cuanto a importancia entre el derecho fundamental a la negociación colectiva y a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluyendo el derecho de huelga, y de las libertades económicas, y establecía los principios generales para el ejercicio del derecho de huelga en el contexto de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios así como un nuevo

mecanismo de alerta para los conflictos laborales en situaciones transfronterizas.

La parte dispositiva del proyecto de Reglamento incluía la delimitación de su objetivo, el establecimiento de los principios generales y las reglas aplicables en la UE al ejercicio del derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo, en el marco de la libertades de prestación de servicios y de establecimiento, sin afectar al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad a la huelga o a adoptar otras acciones reconocidas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, conforme a la legislación y las prácticas de estos, ni al derecho a negociar, concluir y cumplir los acuerdos colectivos, y adoptar medidas de conflicto colectivo según la legislación y las prácticas nacionales; los principios generales, estableciendo que el ejercicio de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios incluidas en el Tratado deberán respetar el derecho fundamental a adoptar acciones colectivas, incluido el derecho o la libertad a la huelga, y que el ejercicio de este derecho fundamental deberá respetar las libertades económicas; los mecanismos alternativos para la solución de las situaciones de conflicto, derivados del ejercicio del derecho a adoptar acciones colectivas, incluido el derecho o la libertad a la huelga, en situaciones transnacionales o de carácter transfronterizo, en el marco del ejercicio de la libertades de establecimiento o de prestación de servicios, entre ellos la aplicación de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios, reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de establecer mecanismos alternativos no judiciales (mediación, conciliación y/o arbitraje) con este fin, así como que también las organizaciones de empleadores y de trabajadores a escala europea pudieran establecer acuerdos u orientaciones sobre las modalidades y procedimientos de los mecanismos de resolución extrajudicial de los conflictos derivados del ejercicio efectivo del derecho a la acción colectiva, que no privarán

a las partes interesadas de recurrir a otros mecanismos judiciales en caso de fracaso de los primeros tras un periodo de tiempo razonable; el papel a desempeñar por los tribunales nacionales en el caso de los conflictos laborales para evaluar los hechos e interpretar la legislación nacional y determinar si y hasta qué punto la acción colectiva en cuestión, conforme con la legislación nacional y la legislación sobre negociación colectiva aplicable, no va más allá de lo necesario para el logro del objetivo perseguido, todo ello sin perjuicio de las competencias del TJUE; el funcionamiento de mecanismos de alerta, estableciendo que el Estado en el que se produzcan actos o circunstancias que afecten al ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento o de prestación de servicios que pudieran producir graves trastornos en el funcionamiento adecuado del mercado interior y/o causar daños importantes a sus sistemas de relaciones industriales o crear grave alarma social en su territorio o en el de otros Estados miembros, deberá informar inmediatamente y notificar al Estado miembro donde esté establecida la empresa o al Estado de origen del prestador del servicio y/o a otros Estados miembros afectados así como a la Comisión; la respuesta del Estado miembro concernido, a la mayor brevedad posible, a las peticiones de información de la Comisión y de otros Estados miembros sobre la naturaleza del obstáculo o la amenaza; y que cualquier intercambio de información que se produzca entre Estados miembros deberá comunicarse también a la Comisión.

Tras los debates celebrados durante el segundo trimestre de 2012, que pusieron de manifiesto las reservas de muchas delegaciones al valor añadido de la propuesta y a algunos aspectos de su contenido, especialmente a la importancia de la posición de los interlocutores sociales, a pesar de la declaración de la Comisión de que la futura adopción del Reglamento no exigiría establecer mecanismos de resolución de conflictos a los Estados miembros que no los tuvieran ya incorporados a su ordenamiento, y para los Estados miembros que ya los tuvieran establecidos, que implica-

ría la aplicación del principio de igual acceso de los asuntos transfronterizos y las consiguientes adaptaciones de su normativa para garantizar la aplicación en la práctica de las previsiones establecidas en ella; y ante las opiniones formuladas por 12 Parlamentos nacionales contra la propuesta de la Comisión, en base a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el Consejo EPSSCO acordó su devolución a la Comisión para su revisión y decisión sobre su mantenimiento, enmienda o retirada definitiva.

1.3. La protección de los trabajadores frente a la exposición a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos)

En 2012 y 2013 prosiguieron los trabajos del Consejo EPSSCO para la adopción de la Directiva que viene a modificar la Directiva 2004/40/CE, sobre la protección de los trabajadores frente a la exposición a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos), modificada a su vez por las Directivas 2008/46/CE y 2012/11/UE, que prorogó su plazo de transposición.

El texto de la Directiva 2013/35/UE de 26.06.2013, publicada en el DOUE L 179, de 29.06.2013, consta de 21 considerandos, como exposición de motivos, y de 19 artículos en su parte dispositiva, que regula las disposiciones generales, en las que trata del objeto y ámbito de aplicación; las definiciones de campos electromagnéticos, efectos biofísicos directos, efectos indirectos, valores límite de exposición y relacionados con efectos para la salud y con efectos sensoriales, y niveles de actuación; valores límite de exposición y niveles de actuación; las obligaciones de los empresarios relativas a la evaluación de los riesgos y determinación de la exposición, a evitar o reducir riesgos, la información y formación de los trabajadores, y a la consulta y participación de estos; las disposiciones varias, sobre la vigilancia de la salud, las sanciones y las excepciones, las modificaciones técnicas de los anexos,

el ejercicio de la delegación y el procedimiento de urgencia; y las disposiciones finales, sobre la guía práctica para la aplicación de la Directiva, la revisión, los informes, la transposición, la derogación, la fecha de entrada en vigor y sus destinatarios. Además, contiene 4 anexos, dedicados a las magnitudes físicas de la exposición a campos electromagnéticos; los efectos no térmicos de los valores límite de exposición y los niveles de actuación en el intervalo de frecuencias entre 0 Hz. y 10 MHz; los efectos térmicos de los valores límite de exposición y los niveles de actuación en el intervalo de frecuencias entre 100 GHz. y 300 GHz.; y la tabla de correspondencias con la Directiva 2004/40/CE.

La nueva Directiva, respecto de la Directiva 2004/40/CE, introduce modificaciones en las definiciones, para aclararlas, concretamente en las referidas a los efectos adversos para la salud y para la seguridad; e incorpora un sistema revisado de valores límite y de referencia distintos de los valores límite y de acción vigentes entre 0 y 100 KHz.; los indicadores para facilitar la medición y los cálculos y para dar orientaciones teniendo en cuenta las incertidumbres de las mediciones, orientaciones para asegurar una evaluación de riesgos más simple y eficiente para facilitar la evaluación del trabajo y limitar las cargas administrativas a las PYME, la flexibilidad mediante la propuesta de un marco controlado de derogaciones limitadas para la industria, un fundamento para la vigilancia médica, la atención especial a los casos específicos de aplicaciones médicas que utilicen la resonancia magnética y actividades relacionadas, y la disposición de medidas complementarias no vinculantes, tales como la elaboración de guías prácticas.

1.4. El Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG) 2014-2020

El Consejo EPSSCO en las sesiones de 21.06 y 06.12.2012 y 20.06.2013 se ha venido ocupando de una nueva propuesta de Reglamento del Fondo Europeo de Adaptación a la

Globalización (FEAG) aprobado el 17.12.2013 y publicado en el DOUE L 347, de 20.12.2013, con el objeto de garantizar que pueda seguir actuando durante el próximo período de programación, de acuerdo con los principios básicos establecidos en el Marco Financiero Plurianual 2014-2020. Que consta de 25 considerandos y 24 artículos, en los que se establecen los objetivos, el fomento de un crecimiento inteligente, integrador y sostenible y del empleo sostenible en la Unión, y el apoyo a los trabajadores despedidos y por cuenta propia que cesen en su actividad laboral como consecuencia de los importantes cambios estructurales en los patrones del comercio mundial debidos a la globalización, y a la continuación de la crisis económica y financiera o a una nueva crisis financiera o económica mundial; su ámbito de aplicación, que incluye a los trabajadores señalados al definir sus objetivos; las definiciones de beneficiarios, trabajadores despedidos con contrato indefinido, de duración determinada, y trabajadores por cuenta propia que diesen empleo a un máximo de 10 trabajadores que fuesen despedidos y cuya actividad hubiese cesado durante un periodo de referencia de 4 o de 9 meses; los criterios de intervención del Fondo; el cálculo de los despidos y del cese de actividad; los beneficiarios elegibles, citados, y los jóvenes «nini» menores de 25 o de 30 años hasta el 31.12.2017, que residan en regiones de nivel NUT 2 que puedan optar a ayuda conforme a la iniciativa sobre Empleo Juvenil; las acciones elegibles, entre ellas las medidas activas de empleo que forman parte de un paquete de servicios personalizados para facilitar la reinserción en un puesto de trabajo, la asistencia en la búsqueda de empleo, las medidas especiales de duración limitada (permisos para buscar empleo y de movilidad, prestaciones por estancias o subsidios de formación, incentivos a la contratación) y las medidas para incentivar la permanencia y la reintegración al mercado laboral de trabajadores con discapacidad, mayores y jóvenes, cuya financiación con cargo al Fondo no podrá exceder del 35% del coste total del paquete de servicios personalizados y de 15.000 euros para un empleo por cuenta propia o para crear empresas, o para su compra por los

trabajadores; las solicitudes y la información que se debe reflejar en ellas; la complementariedad, conformidad y coordinación de las ayudas del Fondo con las acciones de los Estados miembros y con otros instrumentos financieros de la UE; la igualdad entre hombres y mujeres y la no discriminación; la asistencia técnica a iniciativa de la Comisión; la información, comunicación y publicidad de las medidas financiadas por el Fondo; la fijación del importe de la contribución financiera, que podrá llegar hasta el 60% del total de los costes estimados del paquete de servicios personalizados y de las actividades de preparación, gestión, información, publicidad, control y presentación de informes; la elegibilidad del gasto, a partir de la fecha en que se puede optar a la contribución financiera del Fondo; el procedimiento presupuestario; el pago y la utilización de la contribución financiera; la utilización del euro; el informe final y la liquidación; el informe bienal; la evaluación; la gestión y el control financiero; la devolución de la contribución financiera en el caso de que el coste real de una acción sea inferior a la cantidad estimada; la derogación del Reglamento 1927/2006 a partir del 1.01.2014; y su entrada en vigor, previéndose su aplicación a todas las solicitudes presentadas entre el 1.01.2014 y el 13.12.2020.

El nuevo Reglamento, que sigue considerando el Fondo, incorpora como novedades, nuevas categorías de beneficiarios (trabajadores temporales, autónomos y titulares de PYMES); la ampliación de la tasa de cofinanciación hasta el 60% para los Estados miembros con regiones incluidas en la categoría de las de convergencia; el recurso a los actos delegados para determinar los criterios de intervención; la racionalización de los procesos de solicitud y de aprobación; la reducción del volumen de información requerida para la solicitud de intervención; y la mejora de la flexibilidad en la aplicación de las contribuciones y del seguimiento e información sobre las realizaciones del Fondo, impulsando su visibilidad.

Por otra parte, el Consejo EPSSCO de 5.10.2013 adoptó unas Conclusiones del Con-

sejo sobre el Informe especial 7/2013 del Tribunal de Cuentas de la UE respecto del valor añadido del FEAG para la reincorporación al mercado de trabajo de los trabajadores despedidos, de 10.06.2013, resultado de la auditoría realizada a partir de 8 expedientes resueltos entre el 1.01.2007 y el 31.12.2012 correspondientes a 4 Estados miembros (Dinamarca, Alemania, Irlanda y Lituania), con un montante del 10,7% del total adjudicado durante el periodo señalado, en la que se examinaron: si todos los trabajadores afectados se beneficiaron de medidas personalizadas y si las medidas de políticas activas del mercado de trabajo cofinanciadas por el FEAG se coordinaron con otras similares financiadas por el FSE o por los Estados miembros; la efectividad del FEAG en cuanto a la incorporación al mercado de trabajo de sus beneficiarios; si la naturaleza de las medidas del FEAG era apropiada para producir valor añadido; y si el procedimiento de aprobación de las actuaciones del FEAG fue aplicado oportunamente.

El informe del Tribunal de Cuentas concluyó que: casi todos los trabajadores elegibles recibieron medidas personalizadas y bien coordinadas; no se fijaron objetivos cuantitativos de reincorporación al mercado de trabajo y que los datos disponibles no eran adecuados para la evaluación de la efectividad de las medidas adoptadas para la reincorporación al trabajo de los trabajadores; el FEAG representó un valor añadido cuando cofinanció servicios para los trabajadores despedidos o prestaciones inexistentes en los sistemas de protección por desempleo de los Estados miembros; que en todos los casos auditados se identificaron medidas de apoyo a los ingresos de los trabajadores que habrían sido abonadas por los Estados miembros, que globalmente representaron el 83% del coste financiado por el FEAG; y el procedimiento de aprobación de la actuación del FEAG, al requerir un procedimiento presupuestario ad hoc, era muy largo, lo que obstaculizaba la solidaridad con los trabajadores despedidos; y terminó recomendando que: los Estados miembros y la Comisión dieran los pasos necesarios para garantizar la

disponibilidad de datos actualizados y fiables para el seguimiento del logro de los objetivos y la comparación de los resultados de las diferentes medidas; el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión considerarían la posibilidad de limitar la financiación del FEAG a las medidas que aportaran valor añadido, más que a los regímenes de apoyo a los ingresos de los trabajadores ya existentes en los Estados miembros; y las instituciones europeas considerarían como alternativa la posibilidad de adaptar el marco del FSE y su financiación para apoyar más rápidamente a los trabajadores afectados por despidos masivos.

En las Conclusiones, el Consejo acogió favorablemente el Informe del Tribunal de Cuentas y las respuestas de la Comisión, así como la pertinencia de su publicación ante el creciente fenómeno de los despidos colectivos y sus efectos económicos y sociales, y el elevado componente político de las negociaciones ante el próximo periodo de programación del Fondo; consideró la utilidad de su publicación antes del inicio de este periodo con el fin de informar el proceso de negociación del próximo marco legislativo y agradeció los esfuerzos realizados por el Tribunal de Cuentas, subrayando que de haberse publicado con anterioridad habría tenido mayor impacto en los debates celebrados sobre la propuesta del nuevo Reglamento; reconoció que el FEAG había constituido una medida política complementaria del FSE para los Estados miembros que lo habían utilizado y reiteró su objetivo para demostrar la solidaridad de la UE con los afectados por la globalización y la crisis económica y financiera y para facilitar la reincorporación al mercado de trabajo de los trabajadores despedidos; coincidió con el Tribunal en el énfasis en los resultados y en que la creación de valor añadido en la UE era de la máxima importancia; reconoció que el procedimiento de aprobación era muy largo y celebró los esfuerzos de la Comisión para reducirlo; subrayó que la disponibilidad de datos actualizados y fiables era esencial para la supervisión del logro de los objetivos y del resultado de las medidas de los programas financiados con recursos públicos y

que los Estados miembros deberían continuar cumpliendo sus obligaciones conforme a la legislación de la UE; y recordó la celebración de las negociaciones con el Parlamento Europeo sobre el nuevo Reglamento del FEAG para el periodo 2014-2020, subrayando que deberían tomarse en consideración las recomendaciones del Tribunal de Cuentas.

1.5. El Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social (EaSI)

Tras los trabajos desarrollados por el Consejo durante 2012, el Consejo EPSSCO de 6.12.2012 alcanzó un acuerdo sobre una orientación general parcial, pendiente de la aprobación del Marco financiero plurianual 2014-2020, sobre la propuesta de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un Programa de la Unión Europea para el empleo y la innovación social y por el que se modifica la Decisión nº 283/2010/UE por la que se establece un instrumento europeo de microfinanciación y la inclusión social, que sería aprobado el 11.12.2013 y publicado en el DOUE L 347 de 20.12.2013.

El nuevo Programa integra tres instrumentos preexistentes: el Programa Progress, sin las secciones sobre «igualdad de género» y «no discriminación», que se integrarán en otro nuevo instrumento relacionado con la justicia y los derechos humanos; la Red EURES; y el instrumento europeo de microfinanciación para el empleo y la inclusión social-Progress; y se enmarca en el objetivo estratégico general de contribuir a la aplicación de la Estrategia Europea 2020 en materia de empleo, educación y pobreza, y de las Directrices integradas 7, 8 y 10, correspondientes a estos temas, proporcionando apoyo financiero a los objetivos de la UE relativos a la promoción de un elevado nivel de empleo, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social y la pobreza, y la mejora de las condiciones de trabajo. El Reglamento que lo regula se estructura en 40 considerandos y

40 artículos, divididos en tres títulos, que contienen: las disposiciones comunes, que incluyen el objeto del Reglamento; las definiciones más relevantes (empresa social, microcrédito, microempresa, microfinanciación, experimentación en política social e innovaciones sociales); la estructura del Programa; sus objetivos generales; el presupuesto; la acción conjunta, la coherencia y la complementariedad; la cooperación con los comités políticos, en especial los Comités de Empleo y de Protección Social; la difusión de los resultados y la comunicación; las disposiciones financieras; la protección de los intereses financieros de la Unión; el seguimiento y la evaluación del Programa; las disposiciones específicas para cada uno de los tres ejes, divididas en tres capítulos dedicados a: el eje Progress, en el que se regulan: las secciones temáticas y la financiación, los objetivos específicos (desarrollar y difundir conocimientos analíticos comparativos de alta calidad en materia de política social, empleo y condiciones de trabajo; facilitar un intercambio de información eficaz, el aprendizaje mutuo y el diálogo sobre política social, empleo y condiciones de trabajo, el apoyo a los Estados miembros en la elaboración y aplicación de sus políticas; proporcionar apoyo financiero para ensayar reformas de las políticas sociales y de mercado de trabajo, favoreciendo el acceso al conocimiento y la experiencia pertinentes y fomentando la innovación social; y proporcionar apoyo financiero a las organizaciones para incrementar su capacidad de desarrollar, promover y apoyar la aplicación de la política social y de empleo, y la legislación de condiciones de trabajo de la UE); los tipos de acciones; la cofinanciación de la Unión; y la participación en este eje del Programa; el eje EURES, en el que se incluyen las secciones temáticas y la financiación, los objetivos específicos (garantizar que las ofertas y las solicitudes de empleo y toda la información relacionada sean transparentes para los solicitantes potenciales y los empleadores, favoreciendo su difusión, intercambio e interoperabilidad; y desarrollar los servicios para la contratación y la colocación de trabajadores a través de la compensación de ofertas y demandas de

empleo a escala europea, abarcando todas las fases de la colocación y planes de movilidad específicos); los tipos de acciones; la cofinanciación de la Unión; el seguimiento de los patrones de movilidad y la participación en las actividades del mismo; y el eje de la microfinanciación y del emprendimiento social, que contiene: las secciones temáticas y la financiación de los objetivos específicos (aumentar el acceso a la microfinanciación y su disponibilidad para: las personas que hayan perdido o se encuentren en riesgo de perder su puesto de trabajo o tengan dificultades de incorporación al mercado de trabajo; las personas en riesgo de exclusión social y las personas vulnerables, y para las microempresas, en especial a aquellas que emplean a las personas antes mencionadas; y fortalecer la capacidad institucional de los proveedores de microcréditos), los tipos de acciones, la participación; la contribución financiera; la gestión; los informes de ejecución; la evaluación; y los programas de trabajo y las disposiciones finales, que incluye la regulación de los programas de trabajo; la reasignación de fondos entre los ejes y a cada una de las secciones temáticas de éstos; el ejercicio de la delegación; las medidas de ejecución adicionales; el procedimiento del Comité; las medidas transitorias; la evaluación; las modificaciones a introducir en la Decisión 283/2010/UE, por la que se estableció un instrumento europeo de microfinanciación para el empleo y la inclusión social-Progress y la entrada en vigor del Reglamento.

2. LA DIMENSIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y LA INCLUSIÓN SOCIAL EN LA ESTRATEGIA EUROPA 2020

Dentro de este epígrafe se recogen las contribuciones del Comité de Protección Social en relación con los documentos a través de los cuales en 2012 y 2013 se desarrolló el proceso del Semestre Europeo para la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020, refrendadas por el Consejo, en concreto respecto del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2012, de las consecuencias sociales de la crisis

y de la consolidación fiscal 2012, el examen de los Programas Nacionales de Reforma 2012 y la aplicación de las Recomendaciones específicas por país 2011, la evaluación del segundo Semestre Europeo y la supervisión temática de las políticas sociales 2012, el examen de los Programas Nacionales de Reforma 2013 y la aplicación de las Recomendaciones específicas por país 2012, la situación social y las tendencias en la UE en el marco del Semestre Europeo 2013, la evaluación transversal de la propuesta de Recomendaciones del Consejo y de las políticas sociales y de empleo en el Semestre Europeo 2013, y las prioridades políticas de las reformas de la política social para el crecimiento y la cohesión en el Semestre Europeo 2014.

2.1. El Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2012

El Consejo EPSSCO de 17.02.2012 refrendó el Dictamen de Comité de Protección social sobre el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento, de 26.01.2012, en el que se destacó:

- la concentración del Consejo en la atención a las consecuencias a largo plazo de las medidas de consolidación fiscal sobre la situación social en la UE, que empeoraría probablemente si no se adoptaban políticas de empleo y sociales apropiadas, tal como figuraban en el tercer informe sobre las consecuencias sociales de la crisis, elaborado por el Comité;
- la elevada presión sobre los sistemas de protección social, que se enfrentaban a un aumento de la demanda de asistencia social por la transferencia a ésta desde las prestaciones de desempleo, al empeorar la situación del empleo;
- la consideración del restablecimiento de la confianza en la dimensión social de la Estrategia Europa 2020 como una prioridad clave; y la mejora de la efec-

tividad de la protección social, junto con un elevado nivel de la participación en el mercado de trabajo, crucial para conseguir el objetivo de la reducción de la pobreza y la inclusión social en un contexto de recursos limitados, para lo que tanto los Estados miembros como la UE deberían: mejorar la calidad de las medidas de consolidación fiscal, para responder a las necesidades sociales de todas las generaciones; además de los objetivos de mejorar el empleo y el crecimiento; mitigar las desigualdades a través de la plena explotación de los sistemas de protección social, para reducir las desigualdades en los ingresos y mejorar el acceso a los servicios sociales de interés general; asegurar la mejor protección de las personas en las situaciones más vulnerables, a pesar de las medidas de consolidación; renovar la atención a la igualdad de género; mejorar la adecuación y sostenibilidad de los sistemas de seguridad social y de pensiones y la aplicación de las estrategias de inclusión activa; y medir la oportunidad ofrecida por el nuevo Reglamento del FSE 2014-2020;

- el papel esencial de los sistemas de protección social como estabilizadores automáticos, que mediante su apoyo a la población en forma de prestaciones económicas y en especie contribuyen a la demanda y al crecimiento, al tiempo que pueden crear empleos de alto valor, especialmente a través de las inversiones en los sectores de la salud y de los servicios sociales;
- el éxito de los Estados miembros al atenuar los peores impactos de la crisis económica en los hogares y en las personas, gracias a los sistemas de protección social, cuya resiliencia debería ser mejorada para continuar aportando su protección a la población en la perspectiva de una recesión económica prolongada;
- la no reducción de los sistemas de protección social exclusivamente al papel de redes de seguridad para los ciudadanos más pobres, debiendo asegurar la financiación adecuada de las prestaciones de seguridad social a fin de garantizar su sostenibilidad y adecuación para alcanzar a todos los ciudadanos y garantizar la solidaridad;
- el papel del capital humano en el desarrollo con éxito de las estrategias de crecimiento, por exigencia del estímulo del crecimiento, la mejora de la competitividad y el aumento de la prosperidad; y la consideración de los factores estructurales del gasto de la protección social por el mandato imperativo de la consolidación fiscal y del control de los déficits;
- la invitación a la reducción de los costes salariales no laborales y de la fiscalidad del trabajo para estimular la creación de empleo, considerando necesario un análisis del impacto global de toda medida, tanto en la financiación de los sistemas de protección social como en su capacidad para proveer las prestaciones adecuadas, con la participación de los interlocutores sociales;
- el principal objetivo político y la legitimación de los sistemas de pensiones que era la provisión de rentas adecuadas después de la jubilación, y que este resultado y las prioridades establecidas en materia de pensiones no se produciría sin la mejora de la tasa de empleo de los trabajadores de más edad, subrayando que la agenda en materia de política de pensiones debía ir más allá del ajuste de la edad de jubilación y de la vida laboral, e incluir elementos clave interconectados (equilibrio entre adecuación y sostenibilidad, interacción entre los pilares público y privado de pensiones, cobertura, gestión de la edad en el lugar de trabajo, equidad entre hombres y mujeres y entre las ge-

neraciones, envejecimiento saludable y activo, etc.);

- el examen por el Comité de Protección Social sobre la manera en que los PNR, los Informes nacionales sociales del método abierto de coordinación social en las áreas de protección social e inclusión social, respondían a las nuevas prioridades del Estudio Prospectivo, al énfasis del Pacto del Euro Plus sobre las pensiones adecuadas y sostenibles, las prestaciones sociales y la asistencia sanitaria, a los objetivos comunes sobre protección social e inclusión social, y a la elaboración del oportuno informe sobre su resultado al Consejo.

2.2. El impacto social de la crisis económica y la consolidación fiscal 2012

También el Consejo EPSSCO 17.02.2012 refrendó el informe del Comité de Protección Social, sobre el impacto social de la crisis económica y las consecuencias de la consolidación fiscal, de 26.01.2012, que recoge: El estado de situación: señalando la cifra de casi 2 millones más de personas en riesgo de pobreza o exclusión social en 2010, respecto de 2009, hasta llegar a 115,5 millones de personas en esta situación, el 23,4% de la población europea; el empeoramiento de las situaciones de pobreza y exclusión social durante la crisis en algunos países al comparar la evolución de los datos correspondientes a 2009 y 2010; el aumento del número de personas que vivían en situación de privación material severa en 2010, en 345.000 respecto a 2009; el rápido aumento del número de hogares con muy baja intensidad de actividad laboral, como reflejo del deterioro de la situación del mercado de trabajo, traducido en 3 millones de personas más en esta situación en 2010 respecto a 2009; la cifra significativa del segmento de población que a pesar de disponer de un empleo se encontraba en situación de pobreza, el 8,5% de la población activa en la

UE; el aumento del número de perceptores de prestaciones de asistencia social, al reducirse en la mayoría de los países los perceptores de prestaciones de desempleo, debido al clima económico adverso y a las escasas oportunidades de empleo; el avance del sobreendeudamiento, como consecuencia de la reducción de las rentas disponibles y de la capacidad de hacer frente a las obligaciones financieras y a la devolución de los préstamos hipotecarios; y las respuestas de las políticas nacionales a la crisis económica, a través de: las políticas de activación y de inclusión en el mercado de trabajo para luchar contra la pobreza y la exclusión social, centradas en el apoyo a los desempleados, y a los programas de formación profesional y de educación para el mantenimiento y la mejora de las competencias, el subsidio de los salarios, y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo; las medidas de apoyo a los ingresos (prestaciones para pensionistas con ingresos bajos, para hogares con ingresos bajos procedentes del trabajo, desempleados de larga duración, personas con discapacidad y perceptoras de asistencia social; aumento de las prestaciones por desempleo, en el caso de los hogares con hijos; aumento de los subsidios a las instituciones de bienestar y de las prestaciones para las personas con discapacidad, y a los estudiantes en familias con bajo nivel de ingresos), para frenar la pobreza en el trabajo y evitar la situación de pobreza de quienes pierden su empleo como la opción preferida para una gran mayoría de países; la pérdida de los criterios de elegibilidad para acceder a las prestaciones por desempleo, la extensión de su duración y la mejora de su adecuación; el apoyo a los ingresos de los hogares con menores para romper el ciclo de transmisión de la pobreza entre generaciones; el avance en la reforma de las pensiones para garantizar su sostenibilidad y adecuación, a través de la elevación efectiva de la edad de jubilación, la equiparación de la edad de acceso a la pensión para hombres y mujeres, la aportación de incentivos para prolongar la vida laboral, el aumento de las contribuciones a los fondos de pensiones, la restricción a la jubila-

ción anticipada, la revisión de la indexación y la congelación temporal de la cuantía de las pensiones.

Entre los mensajes políticos, se enumeran: la necesidad de mejorar los sistemas de protección social para resistir los choques económicos prolongados, de modo que sean capaces de continuar dispensando protección a toda la población, para lo que se debería prestar la máxima atención a la calidad de las medidas de consolidación fiscal para responder a las necesidades sociales de todas las generaciones y preservar el papel de la protección social para amortiguar los impactos de la crisis; el mantenimiento del apoyo a los ingresos a nivel adecuado para compensar los efectos peores de la crisis y luchar contra la precariedad y la exclusión social, y estimular la demanda agregada, manteniendo la propensión al gasto entre los consumidores y actuando de estabilizador económico automático; la exigencia de la lucha contra el desempleo debida a la baja creación de empleo y la insuficiente aplicación de medidas de inclusión activa, destacando la necesidad de incentivos y oportunidades para reducir el nivel de desempleo de larga duración, la mejora del diseño y la integración de apoyo adecuado a los ingresos, mercados de trabajo inclusivos, y el acceso a servicios de calidad para mejorar sustancialmente las cualificaciones y la empleabilidad de quienes están excluidos del mercado de trabajo, combinando medidas de activación y de inversión en capital humano; la reducción de las desigualdades, como factor clave para asegurar la distribución justa del impacto de los programas de austeridad y restaurar la confianza en el crecimiento inclusivo, a través de medidas sociales integradas en planes de consolidación fiscal bien diseñados para que sus efectos redistributivos pudieran contribuir a ella, preservando las oportunidades de la actual y de las futuras generaciones, considerando las transferencias de protección social y la inversión en servicios de calidad esenciales para la empleabilidad y la movilidad social al tiempo que reducían indirectamente las desigualdades; la necesidad de realizar un análisis cuida-

doso de los efectos generales de los cambios en la financiación de la protección social y en su capacidad para proveer las prestaciones adecuadas, dado el crecimiento de la demanda de seguridad social y la diversidad de sistemas de seguridad social existentes en la UE.

2.3. Los programas nacionales de reforma 2012 y la aplicación de las Recomendaciones específicas por país 2011

El Consejo EPSSCO de 21.06.2012 aprobó el Dictamen conjunto de los Comités de Empleo y de Protección Social fruto del examen de los PNR 2012 y de la aplicación de las Recomendaciones específicas a los Estados miembros en 2011, que se ocupa de: la aplicación de las políticas para atender las Recomendaciones específicas a los países en 2011, destacando la importancia de la reforma de las pensiones para proporcionar ingresos a 120 millones de ciudadanos jubilados y para garantizar unas finanzas públicas saneadas, con referencia al progreso en el control de los gastos de las futuras pensiones logrado a costa de reducciones en la futura adecuación, y poniendo de manifiesto que el apoyo público y la implicación de los interlocutores sociales se consideran clave para el éxito de la reforma realizada por la mayor parte de los Estados miembros en respuesta a las Recomendaciones recibidas en 2011, consistente en el aumento de la edad efectiva de jubilación, incluida la igualdad entre hombres y mujeres, el establecimiento de incentivos para prolongar la vida activa mediante la restricción de la jubilación anticipada, así como el aumento de las cotizaciones o la reducción de la fiscalidad y la revisión de los mecanismos de indexación; y de la revisión multilateral del avance para abordar los retos principales, constatando: que la fiscalidad sobre el trabajo y las cotizaciones a la seguridad social son consideradas como una inversión para la provisión de servicios, de manera que las posibles modificaciones en la fiscalidad del trabajo deberían ser compatibles con los procesos de consolidación fiscal y no afectar a la resistencia y a la naturaleza de

los sistemas de protección social; la efectividad de los sistemas de protección social generales y universales para poder soportar los peores efectos de la crisis sobre la ciudadanía, por lo que las reformas deberían mantener la capacidad de aquéllos para desempeñar su función económica como estabilizadores automáticos; que los enfoques de integración activa, que combinan el apoyo adecuado a los ingresos, mercados de trabajo inclusivos y el acceso a servicios de calidad, necesitan ser puestos en práctica de forma diferente en los distintos países, a través de medidas de activación junto con formas diferentes de asistencia social y de servicios sociales, que mejoren la integración de los mercados de trabajo y faciliten la participación en éstos de los colectivos en situaciones vulnerables; que la provisión de servicios integrados adaptados a las necesidades individuales incorpora a las personas al empleo y aumenta la eficiencia y efectividad de los gastos de protección social, al tiempo que la conciliación entre trabajo y vida familiar de hombres y mujeres es esencial para asegurar su participación igual en el mercado de trabajo, lo que se tiene en cuenta en el diseño de enfoques integrales, globales y estratégicos, en los diferentes ámbitos de la política; y que el reconocimiento de la interrelación entre las Recomendaciones específicas y los PNR y otras contribuciones a la Estrategia Europa 2020 y la renovación de las tres ramas del método abierto de coordinación social permite evaluar de mejor las reformas de la protección social correspondiente a los ámbitos de la salud y de los cuidados de larga duración, que tratan de mejorar la calidad y la provisión de los servicios, el estado general de salud de la población y de la fuerza de trabajo, y controlar los gastos públicos relacionados con la edad.

2.4. La evaluación del Semestre Europeo y la supervisión temática de las políticas sociales 2012

El Consejo EPSSCO de 04.10.2012, acogió favorablemente la contribución del Comité de Protección Social sobre las nuevas orientaciones de la Comisión respecto del proceso del

Semestre Europeo 2013 sobre: las cuestiones políticas emergentes, a saber: el papel esencial de las Recomendaciones sobre los PNR para las reformas estructurales en los Estados miembros, que se reforzará después de la entrada en vigor de la nueva coordinación presupuestaria y para el acceso a los instrumentos de asistencia financiera de la UE; la importancia creciente de las cuestiones de política social puesta de manifiesto en el Segundo Semestre Europeo, y en consecuencia el papel clave del Consejo EPSSCO para asegurar que se tenga en cuenta la contribución positiva de la protección social al crecimiento integrador y que las reformas de este ámbito queden reflejadas adecuadamente en las Recomendaciones; y la necesidad de mejorar la coordinación de las políticas sociales a escala europea para lograr una coordinación integral de todas las políticas públicas movilizadas para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020, dado que la coordinación del Semestre Europeo se estaba inclinando más hacia la coordinación macroeconómica codificada; y la mejora del Semestre Europeo 2013, estableciendo que el Comité asesorará: asesorará al Consejo sobre los temas de protección social e inclusión social (pensiones y prolongación de la vida activa; inclusión social; asistencia sanitaria y de larga duración; financiación de la protección social) incluidos en el paquete de Recomendaciones 2013, después de que se fijen los acuerdos concretos y la hoja de ruta que decidan la Presidencia del Consejo y la Comisión, destacando el valor añadido de las reuniones conjuntas de los Comités con competencias compartidas y la necesidad de que el resultado final de estas reuniones sea coherente durante el proceso, refleje las cuestiones clave y su alcance según lo acordado sobre las reglas de votación; la vigilancia temática y por país por parte del Comité habrá de tener en cuenta la identificación de los retos a abordar a través del método abierto de coordinación, utilizando el Indicador de Resultados de Protección Social para orientar la elección de las cuestiones objeto de esta vigilancia, además de continuar el seguimiento y la revisión de los indicadores; los Estados miembros debe-

rían conservar la plena competencia y autonomía para la elección de las medidas que adopten para cumplir las Recomendaciones, especialmente cuando produzcan resultados equivalentes y mantener un diálogo periódico con los agentes sociales, en particular sobre las pensiones y la prolongación de la vida activa, así como con las organizaciones de la sociedad civil a escala europea, para preparar el trabajo del Semestre; un genuino debate multilateral precisa de la plena participación de la Comisión en el diálogo político, por lo que sería necesario que los Estados miembros dispusieran de un periodo de tiempo razonable para el análisis y la discusión con la Comisión de la propuesta de Recomendaciones, así como mejorar el diálogo político respecto del éxito de la aplicación de las Recomendaciones y para hacer posible su comprensión a nivel nacional; y que el buen trabajo preparatorio en los Comités asegurará una adopción más ágil de las Recomendaciones por el Consejo y su refrendo por el Consejo Europeo, por lo que la Comisión y la Presidencia tienen un papel esencial en la organización del trabajo de éstos y del Consejo.

2.5. La situación social y las tendencias en la UE en el Semestre Europeo 2013

El Consejo EPSSCO de 28.02.2013 refrendó las conclusiones y los mensajes clave del Informe anual de seguimiento de la situación social en la UE, sustituto de los informes conjuntos sobre protección social e inclusión social, elaborados en el marco de la Estrategia europea para el crecimiento y el empleo a partir de 2010, en el nuevo contexto reforzado del método abierto de coordinación social, dentro del Semestre Europeo, que presentan de forma detallada el contexto macroeconómico y del mercado de trabajo; la situación social en la UE y las tendencias sociales clave que se observan; la evolución creciente del gasto en protección social y su financiación; y los desarrollos de la política social en los Estados miembros en 2012, a partir de los infor-

mes presentados por éstos y de las revisiones temáticas realizadas en el propio Comité de Protección Social; y ponen de manifiesto la oportunidad histórica de la UE para dar una respuesta política coherente e integrada a los retos a los que se enfrenta: la estabilización de las finanzas públicas y la reducción de la deuda pública; la situación de la economía en la senda del crecimiento inclusivo; el aumento del empleo y la reducción de la pobreza y de la exclusión social, ante el empeoramiento de la situación social, concretado en el número de las personas en situación de riesgo de pobreza o exclusión social, una cuarta parte de la población de la UE; la necesidad de mejorar la calidad de la consolidación fiscal y la adaptación de los sistemas de protección social de forma urgente, y de pasar de las medidas a corto plazo a las reformas estructurales al ritmo adecuado para fomentar el crecimiento económico, promover un alto nivel de empleo y garantizar una protección social adecuada, destacando su papel fundamental como instrumento para salvaguardar el capital humano y el bienestar en Europa y alcanzar la competitividad y la recuperación económica en el futuro, con la colaboración de otras políticas públicas en los ámbitos de la economía, el empleo, la fiscalidad y la educación, para lo que se deberá proteger de los importantes riesgos durante la vida a través de una serie de políticas universales y de prestaciones accesibles a todos y de medidas dirigidas a atender necesidades específicas, además de la reducción de la pobreza.

En consecuencia, las Conclusiones se ocupan de:

- las tendencias sociales que se observan en la UE, constatando cómo muchos Estados miembros se enfrentan a una combinación de recesión o de crecimiento débil, con el consiguiente descenso de los niveles de rentas y la reducción de las transferencias y los servicios sociales, a causa de los programas de consolidación financiera, lo que se traduce en el aumento de la po-

breza y las desigualdades con diferencias entre ellos y la amenaza de crear una polarización peligrosa en la UE. Así, en 2011 casi 120 millones de personas en la UE, el 24,2% de su población, estaban en riesgo de pobreza o de exclusión social por comparación con el 23,4% en 2010 y el 23,5% en 2008; el 17% estaban en riesgo de acceder a esta situación; el 8,8% en situación de privación material grave, con falta de recursos para hacer frente a los gastos domésticos esenciales o inesperados; el 10% de los menores de 60 años vivían en hogares donde los adultos estuvieron empleados menos de un 20% del tiempo de trabajo ordinario. Por otra parte, del examen de los indicadores de resultados de protección social, se observa que en 13 Estados miembros se había registrado un aumento de la pobreza y de la exclusión social en la población en general; en 10 había aumentado el número de niños en situación de pobreza y exclusión social; en 12 se había incrementado la cifra de trabajadores pobres; y también en 12 se había elevado el riesgo de pobreza de la población que vive en hogares casi sin empleo.

Por lo que se refiere al avance en el logro de los objetivos para la reducción del número de personas en situación de pobreza o exclusión social de la Estrategia Europa 2020, se observa, como consecuencia de la situación de estagnación económica y del poco o inexistente progreso en los objetivos nacionales de un cierto número de Estados miembros, que de no cambiar las vigentes políticas probablemente aquéllos no podrán alcanzarse; y que dado el constante aumento de la cifra de niños en situación de pobreza o exclusión social, se exige que la prevención y la lucha contra la pobreza y la exclusión y la promoción del bienestar social infantil deban ser una de las prioridades

clave de los Estados miembros. Así, al tiempo que se recuerda el papel de la dimensión social y los efectos estabilizadores de las prestaciones de protección social en los primeros años de la crisis, se constata que ante el deterioro de la situación del empleo y el aumento de los desempleados y de la prolongación de las situaciones de desempleo en algunos Estados miembros aumentan las personas con necesidad de percibir transferencias sociales, mientras que en otros se puede producir una brecha en la cobertura del desempleo por el desfase entre el crecimiento de éste y de los perceptores de prestaciones.

- las medidas para mejorar la situación social agrupadas en torno a: la promoción de la inclusión activa, en las que, dado el aumento del desempleo y especialmente del de larga duración, se plantea la necesidad de que los criterios de adecuación y elegibilidad de las prestaciones de protección social respondan a los retos de estimular el rápido retorno al mercado de trabajo de quienes están en disposición de trabajar y la garantía de apoyo adecuado a los ingresos de las personas en situaciones de necesidad, estén dentro o fuera del mercado de trabajo, a través de la puesta a disposición de ellas de servicios accesibles y efectivos, con particular atención a los jóvenes en situación de exclusión social; la garantía de las pensiones adecuadas y sostenibles, para mantener un nivel de vida digno y adecuado tras la jubilación, señalando la repercusión negativas de las reformas para mejorar la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social en la adecuación de las futuras pensiones, con el consiguiente aumento potencial de la pobreza entre los pensionistas, planteando como alternativa el incremento de las tasas de empleo de los trabajadores mayores y de los jóvenes, retrasando la edad efectiva de jubilación

y prolongando la vida activa para garantizar mejores pensiones futuras; la mejora de servicios de salud y cuidados de larga duración accesibles, sostenibles y de elevada calidad, poniendo de manifiesto la necesidad de llevar a cabo reformas estructurales que revisen la financiación y el acceso a ellos, a través de políticas de salud que actúen sobre el control de los gastos y su eficiencia de forma integrada y progresiva, al tiempo que, en relación con los cuidados de larga duración, los sistemas de servicios sociales accesibles se orientan para ofrecer una atención adecuada a las personas mayores y con discapacidad; la financiación de las políticas de protección social, planteando las diferentes alternativas contempladas en los Estados miembros para mejorar la competitividad, la sostenibilidad y la creación de empleo respecto de la traslación de la financiación de la seguridad social del trabajo a otros objetivos fiscales y de la modificación de la presión fiscal sobre las empresas; que la evaluación de las reformas de la financiación de la protección social debería hacerse teniendo en cuenta su impacto sobre la equidad, la cobertura, la efectividad y la gobernanza del sistema en su conjunto; y que las prestaciones relacionadas con las rentas deberían seguir siendo financiadas por los empleadores, los trabajadores y el Estado, y que la combinación de diferentes fuentes de financiación de la seguridad social no debería dar lugar a la segmentación de las prestaciones; la inversión en políticas sociales durante todo el ciclo de la vida, destacando la importancia de los sistemas de protección social para la recuperación económica, la prosperidad y la cohesión social; que las reformas rápidas a corto plazo pueden provocar aumento de los costes en el futuro debido a la prolongación de la percepción de las prestaciones y a los programas de recalificación a causa de

los periodos de desempleo más prolongados y al aumento de la pobreza; que la mejora de la calidad de las medidas de consolidación fiscal requiere la evaluación, por parte de los Estados miembros y de la Comisión, de los impactos de las principales políticas y decisiones de gasto; que los objetivos de eficiencia y efectividad del gasto social deben perseguirse conjuntamente, y adoptarse medidas más atrevidas para su mejora y la de las políticas; y que los Estados miembros deberían identificar las prestaciones y servicios cuya financiación debería ser protegida a toda costa y aquellos otros cuya efectividad pueda mejorarse con una reducción del gasto, a cuyo fin es importante recopilar, analizar e intercambiar información sobre nuevos métodos eficientes y eficaces de prestación de servicios sociales;

2.6. El examen de los PNR 2013 y de las recomendaciones específicas por país 2012

El Consejo EPSSCO de 20.06.2013 adoptó el Dictamen del Comité de Protección Social con ocasión del examen de los PNR 2013 y de las Recomendaciones específicas por país 2012, en el que se destacaron los esfuerzos realizados por los Estados miembros para responder a las prioridades del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento y a las Recomendaciones del Consejo en las áreas de la protección social y la inclusión, a través de las reformas estructurales de la política social, incluso en aquellos casos en los que no hubieran recibido recomendaciones sobre ella, y en el caso de los países incluidos en la aplicación de los programas de ajuste económico, mediante la aplicación de profundas reformas en sus sistemas de protección social, antes de abordar: la mejora del funcionamiento de los sistemas de protección social y de reducción de la pobreza, constatando que el aumento en 4 millones de las personas en riesgo de pobreza en la UE en 2011 comprometía el logro del

objetivo de la Estrategia Europa 2020 en esta materia y la capacidad de algunos Estados miembros para conseguir buenos resultados en su lucha contra la pobreza y la exclusión social, y exigía la atención política urgente, remitiendo al paquete sobre inclusión social como posible vía de búsqueda de soluciones, y pasando revista a las medidas adoptadas por los 10 Estados miembros receptores de recomendaciones sobre este tema; las reformas de las pensiones, poniendo de manifiesto: las medidas adoptadas por los 17 Estados miembros receptores de recomendaciones, de distinta intensidad y nivel de ambición, (referidas a: los criterios de elegibilidad en las pensiones de incapacidad; la jubilación anticipada; el aumento de los periodos de cotización requeridos para acceder a la pensión de jubilación; el aumento de la edad mínima para acceder anticipadamente al disfrute de una pensión parcial; el aumento de la edad para acceder a la jubilación ordinaria, junto con incentivos a los empleadores para mantener o contratar trabajadores mayores; la vinculación de la edad pensionable a la evolución de la esperanza de vida; la igualación de la edad de jubilación de mujeres y hombres; los mecanismos de indización de pensiones; la introducción de reglas bonus/malus en los casos de prolongación o reducción de la carrera profesional) con el objeto de mejorar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones y reducir el déficit público, destacando que las reformas necesitan una mezcla inteligente de medidas para reforzar la adecuación del sistema y la mejora de su sostenibilidad, relativas a la reducción del desempleo juvenil y la garantía de la igualdad de oportunidades en el trabajo entre mujeres y hombres para llegar a eliminar la brecha existente en la cuantía de las pensiones; y con la finalidad de garantizar las sostenibilidad de las finanzas públicas, en un contexto de envejecimiento de la población, reformas en las que la edad de jubilación y de percepción de pensión se vincula a la esperanza de vida, lo que exige un amplio respaldo político y público difícil de lograr cuando muchas veces coincide con reformas estructurales que afectan a las políticas de bienestar, considerando que en

un contexto de recesión el aumento de la edad de jubilación por sí solo no lleva automáticamente a mejorar la sostenibilidad del sistema, sino que hacen falta medidas de incentivo y estímulo para la contratación y la permanencia en activo de los trabajadores de más edad junto con condiciones de trabajo adecuadas; y las reformas en la atención a la salud y en los cuidados de larga duración

2.7. La evaluación transversal de la propuesta de Recomendaciones del Consejo 2013

El Consejo EPSSCO de 20.06.2013 también examinó el informe del Comité de Protección Social sobre la evaluación transversal de la propuesta del paquete de Recomendaciones del Consejo 2013 para impulsar el debate más allá de la crisis y de sus consecuencias sociales, constatando que alguna de las recomendaciones en los ámbitos de la protección social y la inclusión social, entre ellas las relativas a las pensiones, la salud y los cuidados de larga duración, y sobre la inclusión social, para reducir la pobreza y favorecer la integración de los gitanos se plantean en relación con la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos, que no incluye los ámbitos políticos y los indicadores referidos a las pensiones, la salud, los cuidados de larga duración y la reducción de la pobreza.

A propósito de las recomendaciones en relación con las pensiones, si bien el mensaje general es la necesidad de trabajar más tiempo para mejorar su sostenibilidad y adecuación, difieren en cuanto a los conceptos principales de la jubilación: (edad pensionable, obligatoria y efectiva) y destacan las cuestiones horizontales (relación entre la edad de jubilación obligatoria y la esperanza de vida, aumento efectivo de la edad de jubilación, reducción de las prestaciones de jubilación anticipada e incremento de la empleabilidad de los trabajadores de más edad; igualación de la edad pensionable entre las mujeres y los hombres; y adecuación de las pensiones). Además, se se-

ñalan otros instrumentos (periodos de cotización, fórmulas para el cálculo de la prestación y mecanismos de indemnización) entre las opciones políticas alternativas para adaptar los sistemas de pensiones a los cambios; y que la convergencia de los enfoques desarrollados en los Estados miembros no garantiza necesariamente la sostenibilidad y adecuación, que deberían quedar equilibradas en la formulación de las recomendaciones.

En cuanto a la inclusión social, además de poner de manifiesto en las recomendaciones propuestas para la integración de los gitanos, se subraya la necesidad de los gobiernos afectados de facilitar el diseño y la aplicación de políticas de integración social y económica de las poblaciones marginadas, y se reconoce la urgencia por asegurar un nivel adecuado de protección social y los esfuerzos continuos para mejorar la eficiencia y la efectividad de las políticas sociales para afrontar el aumento de la pobreza y de las necesidades materiales básicas.

En lo tocante a las opiniones preliminares sobre la gobernanza se constatan las mejoras significativas producidas en el Semestre Europeo 2013 en esta materia y en la cooperación entre los organismos consultivos del Consejo, en concreto el mejor entendimiento mutuo entre los Estados miembros y la Comisión sobre las necesidades de alentar el crecimiento e impulsar la cohesión social, poniendo de manifiesto que cuando se ha pretendido modificar las recomendaciones propuestas la razón ha sido la de reconocer los esfuerzos desplegados a nivel nacional y dejar a los gobiernos y los agentes sociales negociar los detalles de las reformas, especialmente en el ámbito de la seguridad social; y la mejora del entendimiento entre la Comisión y los Estados miembros a propósito de la vigilancia multilateral de la aplicación de las recomendaciones de 2012 en materia de protección social, al señalar la desproporcionada falta de tiempo de los Comités para preparar la posición del Consejo y de los Estados miembros para debatir y negociar con la Comisión, de modo que deberían conti-

nuar las mejoras en el proceso de consultas, subrayando el carácter demasiado prescriptivo de las recomendaciones en cuestiones de la competencia exclusiva de los Estados miembros. Finalmente, se alude a la cooperación del Comité de Protección Social con los Comités Económico y Financiero, de Empleo y de Política Económica en la preparación de las recomendaciones específicas por país, que ha permitido alcanzar posiciones armonizadas sobre muchas de las propuestas presentadas, sin perjuicio de continuar mejorando su cooperación con otros Comités consultivos sobre cuestiones transversales.

2.8. La evaluación de las políticas sociales y de empleo del Semestre Europeo 2013

El Consejo EPSSCO de 15.10.2013 refrendó la contribución del Comité de Protección Social a la evaluación de las políticas sociales y de empleo del Semestre Europeo 2013, que contiene las recomendaciones de éste en base al Informe de Evaluación del Tercer Semestre Europeo, referidas a:

- la fase preparatoria de la Decisión del Consejo sobre la propuesta de Recomendaciones a los Estados miembros, señalando que: para que el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento sea un instrumento de orientación efectivo en el futuro, debería reflejar más explícitamente el resultado del trabajo de los años precedentes para ilustrar la naturaleza cíclica del Semestre y su continuidad, así como la aportación del Comité de Protección Social; la evaluación por la Comisión de los informes nacionales de aplicación de las Recomendaciones debería equipararse con la revisión que realizan los Estados miembros; el Comité de Protección Social debería utilizar más el Indicador de Resultados de Protección Social y otros instrumentos de seguimiento, para una mejor comprensión

del análisis de las Recomendaciones; se debería anticipar la publicación de los documentos de trabajo elaborados por la Comisión y utilizar una metodología común por parte de los Estados miembros y de la Comisión para evaluar los sistemas de protección social, en particular su eficacia y sostenibilidad fiscal; y que la evaluación de la eficacia de los sistemas de protección social no debería basarse exclusivamente en el impacto de las transferencias sociales sobre la reducción de la pobreza;

- la mejora de la contribución del Semestre a las políticas para el crecimiento integrador, por lo que: el Consejo EPSSCO necesita impulsar su papel y su contribución al proceso de coordinación económica a través de la mejora del seguimiento de las reformas estructurales relevantes en las áreas de su competencia, y mejorar la supervisión de los principales desarrollos en los ámbitos social y del empleo, para lo que deberá incorporarse al Semestre Europeo un instrumento que ilustre estos desarrollos de forma integrada, a partir de los Indicadores de Resultados de Empleo y de Protección Social existentes, con el fin de subrayar la valoración de la importancia de las recomendaciones, en particular en las cuestiones transversales relevantes para las políticas social y macroeconómica; dado el número de recomendaciones realizadas en materia de política de pensiones en los Semestres Europeos 2011 a 2013, es necesaria la coherencia en la UE para la formulación de las medidas políticas recomendadas así como la distinción entre sus efectos a corto y a largo plazo; teniendo en cuenta que las políticas de salud y de cuidados de larga duración son también centrales en el desarrollo del Semestre Europeo, la Comisión y el Consejo necesitan continuar trabajando en un marco de evaluación conjunta sobre estas áreas políticas para mejo-

rar la calidad del diálogo político, profundizar en su especificidad y aumentar el valor añadido de los debates en la UE sobre ellas, que afrontan los retos que van más allá de su sostenibilidad fiscal, para lo que deberá continuar la cooperación con el Grupo de trabajo de Salud Pública; dado que las reformas estructurales necesitan tiempo para producir sus efectos, han de ser aplicadas con mucho cuidado para salvaguardar otros objetivos y mantener su aceptación social, de modo que las futuras propuestas de Recomendaciones deberían reconocer los esfuerzos realizados a nivel nacional, ser precisas y específicas y centradas en los resultados, evitando la hiperprescriptividad, dejando un ámbito discrecional para la negociación de los detalles por parte de las autoridades y los interlocutores sociales nacionales.

- la mejora del proceso y de la gobernanza del Semestre, invitando a la Comisión a tener en cuenta la necesidad de disponer de más tiempo entre la publicación de las Recomendaciones y el comienzo del examen multilateral en el Comité que facilite el debate multilateral de los Comités, y a participar en la discusión de las posibles alternativas a su propuesta original cuando los presidentes de los Comités traten de alcanzar un consenso sobre las mismas; destacando: la necesidad de aumentar el tiempo dedicado a las consultas bilaterales entre la Comisión y los Estados miembros antes de publicar las Recomendaciones, lo que ayudará a comprender mejor las acciones recomendadas; que las buenas prácticas establecidas en el Semestre 2013 sobre el papel de las formaciones del Consejo y de sus órganos consultivos deben proseguir y ser mejoradas, lo que garantizará la coherencia y la armonización del asesoramiento prestado al Consejo para la adopción de sus decisiones; la

mejora de la cooperación entre los órganos preparatorios del Consejo para la publicación del paquete de la Comisión, según lo dispuesto en el Tratado y a tenor de sus responsabilidades políticas; y la limitación de las cuestiones de empleo y política social del procedimiento de desequilibrios macroeconómicos, evitando su aplicación a áreas políticas al margen de su ámbito temático y regulador, de modo que en 2014 se separen del procedimiento de desequilibrio macroeconómico los casos en que aparezcan implicadas cuestiones de política social.

2.9. Las reformas de la política social para el crecimiento y la cohesión: las prioridades políticas

El Consejo EPSSCO de 15.10.2013 adoptó el Informe del Comité de Protección Social sobre las reformas en el ámbito de la política social llevadas a cabo en la UE en 2013, en el que se identifican las prioridades políticas que la Comisión debería tener en cuenta en la preparación del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2014, en el marco del Semestre Europeo 2014, que giran en torno a:

- el avance hacia los objetivos de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, indicando, en el contexto de un entorno económico con grandes incertidumbres, una gran volatilidad y restricciones fiscales, el compromiso de los Estados miembros en reformas de política social sin precedentes para abordar las consecuencias sociales negativas de la crisis y afrontar con éxito los retos futuros (envejecimiento de la población, nuevas demandas de protección social y cambios estructurales en la economía y en la sociedad), por lo que han acogido favorablemente el Paquete de Inversión Social y su enfoque integrado de las reformas de la política

social, que inspiran la de sus sistemas de protección social para hacerlos más resistentes y orientados a la inversión en las capacidades y las cualificaciones de las personas y para que sirvan mejor de apoyo a la adaptación de la mano de obra a las necesidades de los mercados de trabajo flexibles; y que la recesión económica y sus repercusiones han puesto de manifiesto la necesidad de reformas estructurales de la política social equilibradas, para ayudar a los sistemas de protección social a mantener un cierto grado de cohesión social, a pesar del debilitamiento de su función de estabilizadores automáticos debido a las restricciones financieras y a la recesión, de modo que los Estados miembros deberían volver a centrarse en una estrategia orientada a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, apoyada por sus políticas económica, fiscal y social;

- la renovación de las prioridades del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento en el ámbito de la política social para garantizar la inversión social adecuada con vistas a una recuperación integradora y al crecimiento futuro, señalando que: el ámbito de las reformas estructurales de la política social desborda las cuestiones tratadas en el Semestre Europeo, en las que predominan consideraciones macroeconómicas y fiscales; las prioridades en materia de política social del próximo Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento deberían trasladarse hacia la construcción de sistemas de protección social adecuados, efectivos, flexibles y resistentes que combinen una sólida dimensión de inversión social con la mejora de la protección y la sostenibilidad, basada en disposiciones de una sólida gobernanza y de una financiación sostenible; y prestar más atención a las prioridades sociales a largo plazo de la UE, reconociendo el papel principal de la protección social

para aportar la salvaguardia adecuada a los ciudadanos durante toda la vida frente a la pérdida de empleo o de ingresos, deterioro de la salud o invalidez, y el apoyo efectivo al tránsito de la educación al trabajo y entre empleos, superando la concepción de la protección social exclusivamente como red de seguridad; las reformas de la política social deberían ser globales, con enfoques universales y objetivados que impidan la fragmentación sectorial y la disociación entre la adecuación y la sostenibilidad, la aparición de procesos de segmentación de la protección social con diferentes niveles de cobertura y de calidad a lo largo de la vida; los cambios en la política social no deberían crear diferencias entre las mujeres y los hombres; y que la aplicación de los programas de ajuste económico por parte de los Estados miembros ha puesto de manifiesto la incidencia negativa de las reformas para la población, por lo que deberían extraerse lecciones para la elección de las más apropiadas, tras la oportuna evaluación del impacto social de los programas de ajuste;

- las reformas que hagan posible y apoyen la participación de los ciudadanos más desfavorecidos en el mercado de trabajo y en la sociedad, señalando, que los criterios de adecuación y elegibilidad de las prestaciones de protección social necesitan responder al doble reto de estimular el retorno rápido al mercado de trabajo de las personas en disposición de trabajar y garantizar el apoyo adecuado a los ingresos de las personas que los necesitan, estén dentro o fuera del mercado de trabajo, con especial atención a la exclusión de los jóvenes, dadas las implicaciones de este nuevo reto social para la futura sostenibilidad y adecuación de los sistemas de protección social, y que la promoción de las inversiones para prevenir y hacer frente a la pobreza y a la exclusión

social infantil deberían ser una de las prioridades clave de los Estados miembros;

- las reformas de las pensiones que permitan dispensar prestaciones sostenibles y adecuadas y facilitar las opciones individuales para prolongar la vida laboral, subrayando que mientras es una máxima prioridad económica situar las finanzas públicas en una senda de sostenibilidad, existe una preocupación creciente en torno a la adecuación de las pensiones futuras, para evitar el aumento del riesgo de pobreza entre los futuros pensionistas, para lo que se debe buscar una mezcla inteligente de medidas que refuercen la adecuación y la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, vinculada a los resultados económicos y de desarrollo del mercado de trabajo, ya que sólo la reforma de estos sistemas no será suficiente, debiendo actuar en la reducción del desempleo de los jóvenes y en la desincentivación de la jubilación anticipada; que las diferentes opciones políticas e instrumentos empleados en la reforma de las pensiones (alineación de la edad de jubilación con la esperanza de vida y/o con otros incentivos para prolongar la carrera profesional; reducción de la diferencia entre la edad de jubilación establecida y la edad real; indexación de la pensión; correlación entre la duración de los periodos de cotización y la cuantía de la prestación; fortalecimiento de la equidad en la política de pensiones teniendo en cuenta las condiciones de trabajo, las interrupciones en la carrera profesional y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres) dependen de los retos en cuanto a la sostenibilidad y adecuación en cada país, para lo que requerirán apoyo político y público, y contar con los interlocutores sociales; y la necesidad de incentivos para estimular a los empleadores a contratar y mantener en activo

a los trabajadores mayores, eliminando los obstáculos que existen para el empleo de éstos, mediante políticas del mercado de trabajo que hagan posible alcanzar tasas de empleo más elevadas para estos trabajadores, retrasando la edad efectiva de jubilación, prolongando la vida laboral activa y garantizando mejor el futuro de las pensiones, y para los jóvenes.

3. SEGURIDAD SOCIAL

En el ámbito de la Seguridad Social, el Consejo se ha ocupado de la adecuación, la seguridad y la sostenibilidad de las pensiones; de la proyección internacional del acervo de la UE en esta materia; y de la mejora de la consolidación y preservación de los derechos de pensión complementaria para facilitar la movilidad de los trabajadores

3.1. La adecuación de las pensiones en la UE

El Libro Blanco sobre la Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles, del 16.02. 2012, preveía que el Comité de Protección Social, en colaboración con la Comisión, prepararía un Informe, para ayudar a los Estados miembros a evaluar la adecuación de sus sistemas de pensiones. Adoptado el 23.05.2012, el Informe sobre la Adecuación de las Pensiones en la Unión Europea (2010-2050), se ocupa de: la evaluación de los retos para alcanzar el objetivo de la adecuación de las pensiones a corto y medio plazo; una definición más precisa de la adecuación de las pensiones y de sus dos dimensiones principales: la sustitución de ingresos y la reducción de la pobreza; la adecuación de los sistemas de pensiones en la UE, desde la perspectiva de: la estabilidad de los ingresos a lo largo del ciclo de la vida y la lucha contra la pobreza; los retos futuros para la provisión de pensiones adecuadas; y de las brechas existentes en el

conocimiento y en la medición de la adecuación.

En términos generales, el Informe se centra en la adecuación de las pensiones de las personas mayores, de forma que la mayor parte de los indicadores que se utilizan reflejan la situación de la población mayor de 65 años, que en ningún caso se identifica con la población jubilada, por lo que los términos «personas mayores» o «los mayores», se entienden referidos a la población de 65 y más años de edad; y se complementa, en un Anexo, con la referencia a los 27 Estados miembros de la Unión. En el dedicado a España, además de una descripción general de nuestro sistema de pensiones, se presentan las líneas fundamentales de las sucesivas reformas a partir del año 1967, dirigidas a reforzar la proporcionalidad entre las cotizaciones y las prestaciones para afrontar el reto del envejecimiento de la población en cuatro aspectos fundamentales: el periodo mínimo de cotización para tener derecho a la percepción de una pensión; el cálculo de la prestación inicial y la edad de jubilación, con referencia también a otras reformas realizadas en las pensiones de viudedad y de orfandad; y se concluye con los indicadores para la evaluación de la adecuación y la sostenibilidad de las pensiones, en la perspectiva de la adecuación actual y futura. Respecto de la sostenibilidad, va pasando revista a la evolución de la demografía y al consiguiente ratio de dependencia de las personas de 65 y más años de edad, proyectando las previsiones hasta 2060; del empleo, en base a la tasa de participación en el mercado de trabajo y a la edad de salida efectiva de éste; y del gasto bruto de las pensiones públicas en relación con el producto interior bruto; y al impacto de los principales factores demográficos sobre el gasto bruto en las pensiones públicas en el periodo 2010-2060, según el Informe de Envejecimiento 2012.

El Comité de Protección Social ha extraído del Informe los mensajes clave dirigidos a los Estados miembros para la adecuación de las pensiones en el periodo 2010-2050, refren-

dados por el Consejo EPSSCO de 21.06.2012, que se formulan en los siguientes términos:

- En la medida en que se prolonga la vida y se reduce la natalidad, las prácticas en materia de jubilación y los sistemas de pensiones deberán adaptarse periódicamente para continuar siendo sostenibles y adecuados, en función del calendario previsto, de la intensidad del envejecimiento de la población y del carácter de la provisión de las pensiones en cada Estado miembro, por lo que la respuesta debe adaptarse a sus circunstancias concretas y diferentes.
- Al tratar de conciliar y optimizar la sostenibilidad y la adecuación, los Estados miembros se enfrentan a opciones y compensaciones difíciles, que aumentan de forma significativa como consecuencia de la crisis económica. El logro del objetivo de prestaciones adecuadas en cuanto al coste-efectividad y la seguridad y sostenibilidad es un reto, al tiempo que el número de las personas jubiladas y fuera del mercado de trabajo aumenta.
- Tras más de una década de reformas, la mayor parte de los Estados miembros han promovido adaptaciones que, desde una perspectiva a largo plazo, pueden asegurar que las pensiones adecuadas continúen siendo una parte importante de la protección social para sus ciudadanos, habiéndose obtenido grandes avances en la sostenibilidad de las pensiones públicas, en tanto que los resultados en cuanto a la adecuación han tenido menor impacto, y han quedado supeditados a los cambios en las conductas de las personas respecto de la jubilación y el ahorro a largo plazo.
- El análisis del cambio en las tasas de sustitución para una duración de carrera profesional dada, ha puesto de manifiesto que la mayor sostenibilidad de las pensiones públicas en la mayoría de los Estados miembros se ha logrado a través de reducciones en la futura adecuación, por lo que el reto está en crear medios a través de los cuales las personas puedan recuperar el declive de las tasas de sustitución.
- Los Estados miembros están abriendo caminos para la mejora de los derechos de pensión, mediante la prolongación del trabajo y el retraso en la jubilación, por lo que si los sistemas de pensiones recompensan de forma suficiente la prolongación del trabajo y desincentivan la jubilación anticipada pueden ayudar a asegurar que las carreras profesionales más largas con menores interrupciones se constituyan en un factor clave para mejorar la adecuación.
- El éxito en la reforma de las pensiones, que eleva la edad de acceso a ellas y vincula ésta o el nivel de prestaciones a la ganancia en longevidad depende, fundamentalmente, de su apoyo en medidas adoptadas en el lugar de trabajo y en el mercado de trabajo que permitan y animen a las mujeres y a los hombres a trabajar más tiempo, por lo que abordar el reto de la adecuación de las pensiones requerirá determinados esfuerzos para promover vidas de trabajo más largas y más sanas.
- La adecuación debe también reforzarse con cotizaciones adicionales a los regímenes de pensiones, tal como ocurre en algunos Estados miembros, a través de cotizaciones más elevadas a los regímenes públicos, incluyendo posibles elementos de capitalización, mientras que en otros implica un papel más relevante de los ahorros en la jubilación complementaria a través de regímenes de pensiones de capitalización privados, profesionales y/o individuales. De cualquier forma, cualquiera que sea la

opción elegida, se constatan diferencias considerables en términos de cobertura, coste-eficacia y seguridad, y por tanto mayores potenciales de mejora.

- En todos los Estados miembros los regímenes públicos de pensiones se utilizan para ayudar a asegurar objetivos sociales, tales como la protección contra la pobreza, mientras que en la mayoría juegan un papel esencial en el aseguramiento de los niveles de las prestaciones, que permite a las personas en el momento de la jubilación mantener el nivel de vida de cuando estaban en activo, en un grado razonable.
- El análisis de la composición de los ingresos de las pensiones proyectado a 2050 pone de manifiesto que los Estados miembros continuarán utilizando los regímenes públicos de pensiones como el principal elemento para disponer de ingresos adecuados en la jubilación, incluso aunque se establezcan regímenes profesionales complementarios de pensión y planes de jubilación individuales, que están adquiriendo una creciente participación en los ingresos y en la cotización en un creciente número de Estados miembros.
- Cerca de una quinta parte de las personas de 65 años o mayores de esta edad disponen de ingresos de pensión por encima o por debajo del umbral del riesgo de pobreza, de modo que pequeños aumentos o disminuciones en la cuantía de éstos pueden llevar a variaciones importantes en las tasas de pobreza de las personas mayores. De aquí que la capacidad de la UE para lograr el objetivo de la reducción del número de personas en riesgo de pobreza o exclusión social en 20 millones el año 2020 dependerá de hasta donde los sistemas de pensiones continúen ayudando a evitar la pobreza de las personas mayores.
- Una parte importante del reto de la adecuación tiene relación con la cuestión de género, al constatar la supervivencia de las mujeres respecto de los hombres, lo que hace que éstas representen las dos terceras partes de los pensionistas, mientras que la cuantía de las pensiones es significativamente más baja para las mujeres que para los hombres, debido a su diseño y a las diferencias en el empleo, la retribución y la duración de la vida laboral, relacionadas con la atención a los menores y a personas dependientes y a los trabajos domésticos.
- Los créditos en caso de ausencia del mercado de trabajo por razones de maternidad y de atención a los hijos, los derechos derivados de pensiones y las pensiones de supervivencia, mitigan una parte de la cuantía de las pensiones, actualmente más baja, de las mujeres; y la tendencia en la reforma de las pensiones hacia cotizaciones definidas, tanto en sistemas de reparto como en regímenes de capitalización y el mayor protagonismo de las pensiones profesionales y personales, tiende a ser desfavorable para muchas mujeres, a menos que se logre una mayor igualdad de género en los mercados de trabajo y en la cobertura de las pensiones privadas.
- El bienestar económico, en gran medida, viene determinado por la disponibilidad de ingresos en efectivo de los hogares, aunque servicios libres o subsidiados y prestaciones en especie provistas por los gobiernos pueden influir en las posibilidades de consumo en los hogares de forma diversa, de modo que una evaluación completa de la adecuación de las pensiones requerirá tener en cuenta el acceso a recursos libres o subsidiados de valor económico, incluyendo la propiedad o el arrendamiento subsidiado de la vivienda.

- El informe detallado sobre la adecuación de las pensiones debería continuar a través de la profundización del trabajo del Comité de Protección Social, con especial atención al género, la dimensión de la vivienda, y el acceso a recursos económicos distintos de las pensiones. La creación de mejores herramientas a través de la mayor capacidad para la microsimulación podría ayudar en la evaluación de los retos de la adecuación, dimensión ésta que necesitaría ser analizada conjuntamente con la sostenibilidad. Para ello, habrá de intensificarse la colaboración entre los Comités de Protección Social y de Política Económica, para desarrollar indicadores y metodologías más alineados, lo que, en la próxima evaluación de las pensiones en la UE, permitiría un análisis comparativo mejor del modo en que los Estados miembros abordan los retos de la sostenibilidad y de la adecuación.

3.2. La dimensión externa de la coordinación de la Seguridad Social en la UE

Sobre las Decisiones del Consejo relativas a la posición de la Unión Europea en los Consejos de Asociación de la Comunidad Europea con Turquía, Montenegro, Albania y la República de San Marino respecto de las disposiciones de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, elaboradas en el marco de la Comunicación de la Comisión, de 30.03.2012, sobre la dimensión externa de la coordinación de la Seguridad Social en la UE, que proponía el desarrollo de un enfoque común y menos fragmentado de la UE para la coordinación de la Seguridad Social con países terceros, más allá de los acuerdos bilaterales de los Estados miembros con éstos, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el Reglamento 1231/10, de 14.11.2010, por el que se amplió la aplicación de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 a los nacionales de países terceros,

que debido únicamente a su nacionalidad no estaban cubiertos por éstos, y con el precedente de las Decisiones del Consejo EPSSCO, de 7.06.2010, en relación con Túnez, Marruecos, la República de Argelia, Israel, la Antigua República Yugoslava de Macedonia y Croacia, el Consejo EPSSCO de 4.10.2012 llegó a un acuerdo político.

El objetivo de estas Decisiones es dar respuesta al requisito establecido en los respectivos Acuerdos de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y Albania y Montenegro, así como a los objetivos de los planes de acción entre la UE y los referidos países terceros, adoptados por los respectivos Consejos de Asociación, y en el Acuerdo de Cooperación y Unión Aduanera entre la Comunidad Económica Europea y la República de San Marino, y por el Acuerdo de Asociación entre la CEE y Turquía, según los cuales se deberá adoptar una Decisión de los Consejos de Asociación en el primer caso, y de los Consejos de Estabilización y Asociación en el segundo, para aplicar los principios en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social conforme a lo dispuesto en los referidos Acuerdos, que tienen por objeto que los trabajadores con nacionalidad de los países terceros, parte de estos Acuerdos, que estén o hayan estado empleados legalmente en el territorio de un Estado miembro y que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o más Estados miembros, puedan obtener determinadas prestaciones de Seguridad Social, con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que estén o hayan estado sujetos, principios aplicables también a los miembros de sus familias, que residan o hayan residido legalmente con el trabajador en el Estado miembro de empleo de éste. Este principio se aplica recíprocamente a los nacionales de la UE, empleados legalmente en los países terceros parte de los Acuerdos de Asociación, y a sus familiares, que residan legalmente en estos países.

Los textos de las Decisiones se complementan con los de los Acuerdos, en los que se recogen las definiciones de los términos

esenciales que figuran en ellos, entre otras las relativas a trabajador, miembro de la familia, legislación, prestaciones y prestaciones exportables; el campo de aplicación personal de cada una de ellas; el principio de igualdad de trato; la supresión de las cláusulas de residencia en relación con la exportabilidad de las prestaciones; la cooperación entre las partes de los Acuerdos para la aplicación de las Decisiones; el régimen del control administrativo y los reconocimientos médicos, con referencia a los procedimientos administrativos derivados de otros acuerdos bilaterales existentes; la previsión de acuerdos complementarios a los mecanismos de aplicación de estas Decisiones; las disposiciones transitorias y finales, complementándose con los anexos que incluyen los listados de las prestaciones en metálico no contributivas y de las disposiciones especiales para la aplicación de la legislación, de los países terceros parte de los Acuerdos.

3.3. La adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión

Como quiera que en la sesión del Consejo EPSSCO de 30.05.2007 no fue posible alcanzar el acuerdo necesario para adoptar la orientación general respecto del texto propuesto, tras la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20.06.2007, que incluía 34 enmiendas a la propuesta original, de 20.10.2005, la Comisión preparó una propuesta modificada, aceptando en su integridad o en parte la mayoría de estas enmiendas.

El texto de la propuesta modificada de Directiva relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión consta de 31 considerandos y de 11 artículos, que se ocupan de: el objeto, facilitar el derecho a la libre circulación de los trabajadores y la movilidad profesional, reduciendo los obstáculos derivados de los regímenes complementarios

de pensión vinculados a una relación laboral; el ámbito de aplicación, enumerando los regímenes excluidos: todos los cubiertos por el Reglamento 883/2004; los regímenes complementarios que al entrar en vigor la Directiva estuvieran cerrados a nuevos afiliados; los que estén sujetos a medidas de intervención administrativa o jurisdiccional en relación con su situación financiera, mientras dure la intervención, y los regímenes de garantía en caso de insolvencia y los fondos de reserva nacionales; las definiciones de pensión complementaria, régimen complementario de pensión (pensiones de jubilación vinculadas a una relación laboral), afiliado activo, derechos de pensión consolidados (tras el cumplimiento de los requisitos de consolidación), periodo de consolidación, trabajador saliente (el afiliado activo cuya relación laboral finaliza por causa distinta a optar a una pensión complementaria), beneficiario diferido (antiguo afiliado activo con derechos de pensión adquiridos, que no es afiliado activo ni recibe pensión del régimen complementario), derechos de pensión latentes (derechos de pensión adquiridos mantenidos en el régimen en el que han sido acumulados por el beneficiario diferido), y valor de los derechos de pensión latentes (valor actual neto de los derechos de pensión, calculado según la práctica y los usos y costumbres nacionales); las condiciones aplicables a los criterios de consolidación: afiliado activo condicionado a un periodo de empleo, que no será superior a un año; en caso de exigencia de edad mínima para la acumulación de derechos adquiridos, que no será superior a 21 años; periodo de adquisición no superior a un año para los afiliados activos mayores de 25 años, y no superior a cinco años para los menores de esta edad; en caso de que el trabajador saliente no haya adquirido derechos de pensión consolidados al final de su relación laboral, se reembolsarán las contribuciones del trabajador o del empleador, realizadas en nombre de aquél, o el valor de las inversiones derivadas de las contribuciones al trabajador saliente, mientras que por convenio colectivo se podrán establecer disposiciones diferentes que deben ser, al menos, equivalentes en

cuanto a la protección de los derechos que establece esta Directiva; la conservación de los derechos de pensión latentes, estableciendo la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas para asegurar que el trabajador saliente pueda conservar sus derechos de pensión consolidados, calculados en el momento de finalizar su relación laboral; garantizar que los derechos de pensión latentes o sus valores se traten conforme al valor de los derechos de los afiliados activos, de modo que los derechos de pensión se determinen como importe nominal; que el beneficiario diferido siga beneficiándose del tipo de interés del régimen de pensiones o del rendimiento de las inversiones del fondo de pensión, y que el valor de los derechos de pensión latentes se ajusten a la evolución de la inflación o de los niveles salariales, reconociendo la posibilidad de que en lugar de preservar los derechos consolidados se pague un capital equivalente, hasta un límite determinado; admitiendo la posibilidad de adoptar otras disposiciones por convenio colectivo que, en todo caso, deben ser equivalentes a las de la Directiva; el derecho de información de los beneficiarios activos, sobre las consecuencias de la finalización de la relación laboral respecto de sus derechos de pensión complementaria, las condiciones de adquisición de los mismos, el valor de los derechos consolidados, y las condiciones del futuro trato de los derechos de pensión latentes; y de los beneficiarios diferidos, respecto del valor de sus derechos en suspenso o una estimación de los derechos de pensión y las condiciones que regulan el tratamiento de los derechos de pensión latentes; la cláusula de no regresión y la consideración como mínimas de las disposiciones contenidas en la Directiva; los plazos para la transposición y aplicación de la Directiva, de dos años desde la fecha de la adopción, previendo la posibilidad de disponer de un plazo adicional de sesenta meses en relación con los objetivos establecidos en las condiciones aplicables a los criterios de consolidación y la consideración de los derechos de pensión latentes; la periodicidad de los informes de los Estados miembros a la Comisión y de ésta sobre la aplicación de la Directiva; su entrada en vigor de la Direc-

tiva, a los veinte días de su publicación en el DOUE, y sus destinatarios, los Estados miembros.

Presentada y debatida esta propuesta durante el almuerzo del Consejo EPSSCO de 28.02.2013, en la sesión de 20.06.2013 se alcanzó una orientación general, que recogía la limitación del ámbito de aplicación de la Directiva a los supuestos de movilidad entre los Estados miembros en el ejercicio de la libertad de circulación de los trabajadores, con exclusión de la movilidad interna en éstos, incluyendo una declaración en actas del Consejo y la Comisión en este sentido, con lo que se resolvió la controversia planteada sobre la base jurídica de la Directiva, que quedó establecida en el artículo 46 del TFUE y pudo adoptarse por mayoría cualificada del Consejo en codecisión con el Parlamento; así como la fijación de la duración de los periodos de espera y consolidación para tener acceso a los regímenes de pensión complementaria en tres años, y la de la edad mínima para iniciar la consolidación de derechos en 21 años, garantizando que en ningún caso representará un obstáculo para la movilidad de los trabajadores. El texto final de la Directiva fue aprobado por el Consejo y el Parlamento Europeo el 16.04.2014 y publicado en el DOUE L 128, de 30.04.2014.

4. POLÍTICA SOCIAL

En el ámbito de la política social el Consejo EPSSCO se ha ocupado de: la respuesta a los retos demográficos; la lucha contra la pobreza y la exclusión social infantil; el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad entre las Generaciones 2012; la creación del Fondo Europeo de Ayuda a las Personas más Desfavorecidas; la integración de los gitanos; la inversión social para el crecimiento y la cohesión; y la dimensión social de la Unión Económica y Monetaria en sus elementos de política social.

4.1. La respuesta a los retos demográficos

El Consejo EPSSCO de 21.06.2012 adoptó unas Conclusiones del Consejo sobre la respuesta a los retos demográfica a través del impulso de la participación de todos en el mercado de trabajo y en la sociedad, en las que, partiendo de la exposición del contexto político, caracterizado por: el creciente aumento de la esperanza de vida y los retos que supone para los sistemas de bienestar, las finanzas públicas y los mercados de trabajo, y por el impacto social de la crisis económica, que lleva a la necesidad de identificar las prioridades clave que requieren actuaciones urgentes para asegurar un crecimiento económico sostenible, generador de empleo e inclusivo, para impulsar la cohesión social y superar las desigualdades que van en aumento y poder así alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020, propone políticas activas y medidas innovadoras a definir y aplicar en las áreas políticas clave referidas a: la inversión en educación y formación para favorecer el empleo de los jóvenes y aumentar la productividad; las políticas de igualdad de género y las dirigidas a hacer frente a la segregación por esta razón en el mercado de trabajo, para aumentar la participación de las mujeres, mejorar sus carreras profesionales y reducir la brecha salarial y el impacto negativo de la paternidad y la maternidad en el trabajo; la lucha contra la transmisión intergeneracional de la pobreza y la exclusión social; el aumento de la participación en el mercado de trabajo de las personas mayores y el facilitarles una vida laboral más prolongada y saludable mediante la mejor gestión de la edad en los puestos y en los mercados de trabajo, la inversión en competencias y cualificaciones, la mejora de la accesibilidad y de las condiciones de salud y seguridad en el trabajo; las medidas de igualdad de oportunidades, apoyando mejores condiciones para las familias y mejorando la conciliación entre vida laboral, familiar y privada de mujeres y hombres con reparto de responsabilidades; las políticas de no discriminación, con medi-

das para eliminar los estereotipos e integrar a las personas en situaciones vulnerables en la sociedad y en el mercado de trabajo; el uso efectivo de presupuesto disponible y de los instrumentos de financiación para asegurar una mejor utilización del gasto público; e invita a los Estados miembros y a la Comisión Europea, de acuerdo con sus competencias y atendiendo a la situación de cada uno de los Estados miembros, a poner en marcha actuaciones en relación con:

- el empleo de los jóvenes referidas a: mejorar los sistemas de educación y de formación para reforzar y aumentar sus competencias, facilitando el tránsito de la educación y la formación al trabajo; abordar mejor la diferencia entre las necesidades del mercado de trabajo y las de educación y formación profesional y evitar el desajuste de las cualificaciones; aumentar los esfuerzos para promover la primera experiencia laboral de los jóvenes y su participación en el mercado de trabajo, con el objetivo de que reciban ofertas de buena calidad, educación continua, aprendizaje o prácticas en los meses inmediatos a la salida de la escuela; utilizar adecuadamente EURES para aumentar la tasa de movilidad en el trabajo en Europa, disponiendo un acceso más fácil a más oportunidades de empleo de los jóvenes y apoyando a los empleadores para reclutar los talentos y cualificaciones que están buscando; realizar mayores esfuerzos para aumentar el número de oportunidades de aprendizaje y de prácticas de alta calidad, para evitar la pérdida de competencias y de motivación debido al desempleo, y asegurarles oportunidades reales de aprendizaje y prácticas; integrar la perspectiva de género en la educación y la formación, combatiendo los estereotipos de género en las opciones educativas; prestar especial atención a los jóvenes en situaciones de vulnerabilidad para evitar la transmisión de la pobreza intergenera-

cional y la exclusión social; y dedicar especial atención a la educación infantil, las segundas oportunidades educativas, el aprendizaje durante toda la vida y la nueva formación dirigida a las necesidades de los mercados de trabajo emergentes, para combatir el abandono escolar prematuro y el aumento de la juventud sin trabajo ni educación;

- los trabajadores de más edad, proponiendo apoyar medidas específicas para: ayudarles a mantenerse o reintegrarse al mercado de trabajo; reducir el riesgo de desempleo y de exclusión social, facilitándoles el acceso a servicios de asesoramiento y orientación especial desde los servicios públicos de empleo y otras instituciones apropiadas; asegurar el reconocimiento de las cualificaciones y competencias adquiridas, e impulsar la búsqueda de empleo de los desempleados mayores; promover activamente mejoras en la accesibilidad a los bienes y servicios y mecanismos tecnológicos innovadores de asistencia y servicios específicamente destinados a las personas mayores, y así poder ayudarles para una vida independiente, saludable y activa; promover el crecimiento de la «economía de plata» por su impacto positivo en la demanda de bienes y servicios y en el desarrollo de nuevas oportunidades de empleo y de vida independiente; crear condiciones de trabajo más flexibles, atendiendo a sus necesidades; promover puestos de trabajo más seguros, saludables y accesibles; eliminar las barreras para el aprendizaje y la formación, y disponer de incentivos y programas especiales centrados en la actualización de sus competencias; aumentar el intercambio intergeneracional de cualificaciones y hacer un mejor uso de los regímenes de orientación en los procesos de trabajo; y apoyar su participación activa en la sociedad civil, e impulsar su vida

independiente, ofreciendo medidas de formación y rehabilitación adecuadas;

- las mujeres y el empleo, proponiendo: adoptar medidas para aumentar sustancialmente la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y promover su empleabilidad durante toda su vida laboral, como requisito previo para alcanzar el objetivo de la tasa de empleo general del 75%, de la Estrategia Europa 2020; desarrollar políticas favorables a la familia que promuevan el equilibrio entre trabajo, responsabilidades familiares y vida privada de las mujeres y los hombres durante todo el ciclo vital, mediante servicios de calidad accesibles y disponibles para la atención a la infancia y a las personas dependientes; aplicar medidas para superar la segregación laboral y los estereotipos de género; reducir la brecha en las retribuciones y apoyar a las mujeres en el progreso en sus carreras profesionales; alentar una mayor participación de las mujeres en la educación y en las carreras científicas, de ingeniería y de matemáticas; y promover la representación equilibrada de hombres y mujeres en los puestos de toma de decisión;
- las personas con discapacidad, proponiendo: ratificar el Convenio de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad; adoptar medidas apropiadas y efectivas para asegurar que estas personas puedan tener acceso a la sociedad para facilitar su plena inclusión y participación en la comunidad, sobre las mismas bases y con las mismas oportunidades que el resto de ciudadanos; considerar la accesibilidad, a través del diseño universal, como una condición previa para la plena participación en la sociedad que permita a las personas con discapacidad llevar una vida activa y productiva, bien integrada en la sociedad y en su familia; adop-

tar medidas para apoyar las iniciativas voluntarias que promuevan la diversidad de la gestión en el lugar de trabajo para apoyar el empleo de estas personas; promover una educación inclusiva para las personas con discapacidad, y atender a las necesidades de los jóvenes con discapacidad, especialmente en el contexto del tránsito de la educación al empleo; tomar medidas para apoyar la vida independiente de estas personas, contribuyendo al tránsito de los cuidados del ámbito institucional al comunitario, incluyendo la asistencia personal, y haciendo posible que puedan ganarse la vida en un mercado de trabajo abierto;

- la infancia, proponiendo: aumentar los esfuerzos para luchar contra la pobreza infantil y asegurar que la participación y el acceso a los servicios sociales incluya a la infancia más vulnerable; asegurar una protección social apropiada mediante programas bien diseñados para que los niños y sus familias en situaciones vulnerables se beneficien del apoyo dispensado; y reconocer el papel de la familia y la necesidad del apoyo a ella y a la red de protección social de los niños en situaciones vulnerables;
- la inclusión activa y la participación, proponiendo: promover la inclusión activa en el mercado de trabajo y la participación en la sociedad de todos los grupos de personas en situación vulnerable; impulsar más los servicios sociales y de salud y seguir adoptando medidas para lograr los objetivos de Barcelona 2002 en materia de atención a la infancia, teniendo en cuenta la demanda de este tipo de servicios, garantizando su disponibilidad y alta calidad; tomar medidas para desarrollar políticas para unos sistemas de salud y de atención social más integrados para las personas mayores y en situaciones vulnerables; desarrollar y promover re-

gímenes adecuados para personas sin hogar; promover un ingreso adecuado y el apoyo a la familia, el acceso a servicios de calidad y el empoderamiento y la participación de los niños y las familias para prevenir y romper el círculo vicioso de la transmisión intergeneracional de la pobreza; y recopilar, analizar e intercambiar información sobre métodos nuevos, más eficientes y efectivos para prestar servicios sociales, en el marco del método abierto de coordinación;

- las pensiones, proponiendo: continuar la reforma y modernizar los sistemas de pensiones para asegurar su sostenibilidad y adecuación, con especial atención a su adaptación a la situación demográfica nacional; limitar el acceso a los regímenes de jubilación anticipada, asegurando la cobertura de las personas en situación vulnerable; igualar la edad de acceso a las pensiones de las mujeres y los hombres; apoyar el desarrollo de regímenes de pensión complementarios, como un posible camino para asegurar la adecuación actual y futura de las pensiones; abordar las diferencias en la cuantía de la pensión para mujeres y hombres; aumentar los esfuerzos para realizar la supervisión de los efectos de las reformas de las pensiones sobre la pobreza y la exclusión social entre las personas mayores y para mantener su estándar de vida mediante la utilización de indicadores, a través del método abierto de coordinación; e invitar al Comité de Protección Social a realizar un seguimiento regular de la adecuación de las pensiones;
- la financiación, planteando: el uso apropiado de los programas financieros y de los fondos de la UE, incluyendo los Fondos Estructurales y otros instrumentos financieros importantes, y facilitar el acceso a los mismos.

4.2. La lucha contra la pobreza y la exclusión social infantil

El Consejo EPSSCO de 21.12.2012, adoptó unas Conclusiones del Consejo sobre la prevención y la lucha contra la pobreza y la exclusión social infantil y el bienestar social de la infancia, en las que tras una serie de consideraciones sobre: la dimensión del fenómeno del riesgo de pobreza o de exclusión social de los menores de 18 años, que se sitúa en el 27% de los cien millones de personas de esta edad en la UE, de ellos el 20,5% en riesgo de pobreza, el 9,6% en situación de privación material grave y el 9,1% que habitan en hogares con muy baja o inexistente actividad laboral, como consecuencia de la crisis económica; la prevención y la lucha contra la pobreza infantil y la promoción de su bienestar como elementos esenciales de los derechos del niño reconocidos en los instrumentos internacionales y de su papel crucial en la inversión de futuro en Europa y la contribución directa a los objetivos de la Estrategia Europa 2020, ya que el futuro de la Europa social y económica depende de su capacidad para romper la transmisión de la pobreza entre las generaciones y para reducir las desigualdades; el nuevo impulso de la Estrategia Europa 2020 a los esfuerzos en la UE y en los Estados miembros para abordar la pobreza y la exclusión social infantil en relación con el objetivo de la reducción en 20 millones del número de personas en riesgo de pobreza en 2020 y la prioridad de un planteamiento pluridimensional e integrado que incorpore actuaciones para garantizar la igualdad de oportunidades para todos los niños/as e incluya todos los servicios de apoyo a éstos y a sus familias; el Consejo acoge favorablemente los mensajes clave sobre la prevención de la pobreza infantil y la promoción del bienestar de la infancia, contenidos en el informe del Comité de Protección Social para la preparación de la Recomendación de la Comisión sobre la pobreza infantil, según lo previsto en las conclusiones sobre este mismo tema del Consejo EPSSCO de 17.06.2011, que se formulan en los términos siguientes: el desarrollo de en-

foques integrales, que combinan prevención y reparación, integran estrategias que sobrepasan el puro apoyo material, e incluyen la promoción universal del bienestar y políticas complementarias para mejorar la situación de quienes están en circunstancias vulnerables; el acceso a rentas adecuadas, mediante una combinación de prestaciones concretadas en: el apoyo a la participación de los padres en el mercado de trabajo, en la búsqueda de empleo como una salvaguarda importante en la lucha contra la pobreza y la exclusión, haciendo atractivo el trabajo mediante un diseño adecuado y la integración de un sistema de impuestos y de prestaciones, e impulsando el acceso a servicios de atención a la infancia, de calidad y asequibles, y a servicios de educación desde edades tempranas para todas las familias; y el apoyo a rentas adecuadas de las familias, mediante una combinación eficiente y equilibrada de prestaciones económicas y en especie en ámbitos de salud, educación, vivienda, y atención a la infancia, y de prestaciones universales y selectivas; el acceso a servicios de calidad, garantizando: que todos los niños/as puedan recibir educación infantil desde los primeros años y educación de alta calidad e inclusiva para reducir las desigualdades de partida y eliminar la discriminación; el acceso universal a la atención sanitaria de la infancia y la adopción de medidas preventivas para mejorar las opciones de estilo de vida y los hábitos alimentarios, para reducir las desigualdades ante la salud; el apoyo para disponer de una vivienda adecuada y un entorno de vida aceptable, y a los niños/as y sus familias, mediante una protección a la infancia y servicios sociales de alta calidad; y la participación de los niños/as mediante políticas dirigidas al: apoyo de todos en las actividades culturales, deportivas, juveniles y sociales, tratando de suprimir las barreras existentes relacionadas con los costes, el acceso y las diferencias culturales; y la elaboración de instrumentos e infraestructuras para asegurar la capacitación de los niños/as, incluidos los que están en situación vulnerable.

El Consejo invita a la Comisión, a los Estados miembros y al Comité de Protección Social a: adoptar medidas para evitar la pérdida del impulso político para abordar la pobreza y la exclusión social infantil en la UE en el contexto de la crisis económica y de la consolidación presupuestaria, mediante la utilización de los mecanismos de seguimiento existentes y el desarrollo de otros nuevos sobre la base de indicadores apropiados; considerar la lucha contra la pobreza y la exclusión social infantil y la promoción del bienestar de la infancia como una de las cuestiones clave de la dimensión social de la Estrategia Europa 2020; y utilizar plenamente las herramientas existentes para mejorar el seguimiento y la información sobre la pobreza infantil y la evaluación de las medidas; a la Comisión a: tener en cuenta el trabajo del Comité de Protección Social respecto a la Recomendación sobre la pobreza infantil y a adoptarla lo más pronto posible; mantener el impulso y el centro de atención sobre este tema mediante un enfoque basado en los instrumentos existentes y mejorar la disponibilidad de datos para apoyar el desarrollo de indicadores agregados; seguir desarrollando las sinergias entre la exclusión social y otras áreas políticas y con otros instrumentos para abordar mejor la pobreza y la exclusión social de la infancia; y explorar la contribución de la Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social con este fin; al Comité de Protección Social a: continuar trabajando para mejorar los indicadores agregados relativos a la privación material, el bienestar, los cuidados a la infancia de calidad y asequibles para todos los grupos de renta, la salud y la situación de la infancia más vulnerable; e intensificar su cooperación con los Comités y Grupos de Alto Nivel de la UE; y a los Estados miembros a: considerar la inversión en la infancia como una inversión a largo plazo; fijarse como objetivo el garantizar una inversión adecuada y sostenible en apoyo de la infancia y de la familia, mitigando los impactos negativos sobre los más vulnerables, y manteniendo un equilibrio adecuado entre polí-

ticas universales y selectivas; utilizar plenamente las oportunidades financieras de la UE, incluyendo los fondos estructurales; y promover el compromiso de todos los actores principales, incluyendo las autoridades locales y regionales y las ONG, para una mayor visibilidad, toma de conciencia y aprendizaje de política y programas compartido.

4.3. El Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad entre las Generaciones 2012

En la Declaración final del Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad entre las generaciones 2012, adoptada por el Consejo EPSSCO de 06.12.2012, tras recordar que la UE se asienta sobre los valores de los derechos y la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, confirmados por el Tratado de Lisboa y que la Estrategia Europa 2020 persigue el crecimiento integrador y elevar las tasas de participación en el mercado de trabajo y la reducción de la pobreza y la exclusión social, el Consejo manifestó su fuerte compromiso con la promoción del envejecimiento activo y de la solidaridad entre las generaciones e invitó a todos los actores relevantes a tener en cuenta el enfoque de esta Declaración en la aplicación de la Estrategia Europa 2020, acogiendo favorablemente los principios orientadores para el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones, elaborados por los Comités de Protección Social y de Empleo, se abordan:

- los objetivos, la intensificación de las contribuciones útiles de las personas mayores a la sociedad y a la economía, la mejora de la interdependencia y el fortalecimiento de la solidaridad entre las generaciones; y los resultados del Año Europeo, la contribución a la creación de un impulso político a todos los niveles, implicando a todas las partes interesadas en su disposición a unir fuerzas y avanzar para enfrentarse a los retos y aprovechar las

oportunidades del envejecimiento de la población, más allá de aumentar la sensibilización pública y el cambio de actitudes, haciendo un llamamiento para transformar estos logros en un fuerte legado político que produzca resultados concretos, garantizando la cohesión social y la prosperidad y contribuyendo al bienestar de todas las generaciones;

- la promoción de los valores y la solidaridad entre las generaciones en la UE, que requiere la creación de condiciones que hagan posible que las personas mayores tengan más independencia y les permita hacerse cargo de su propia vida y contribuir a la sociedad, viviendo dignamente, y exige la distribución equilibrada de recursos y oportunidades entre las generaciones, incluido el derecho de los mayores a una vida digna e independiente y a participar en la vida social, económica, cultural y cívica, compromiso de la UE recogido en la Agenda del envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones;
- los retos y las oportunidades a los que se debe enfrentar el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones con éxito, tal como los cambios demográficos, que requieren un enfoque positivo centrado en el potencial de todas las generaciones y en particular de los colectivos de personas mayores así como las acciones que permitan su permanencia en situación de actividad como trabajadores, consumidores, voluntarios y ciudadanos, señalando que el envejecimiento activo requiere: el fortalecimiento de la cohesión social, la inclusión y la participación durante la vida de una persona, asegurando las oportunidades y el acceso a los servicios y a las actividades de todo tipo, con especial referencia a las de voluntariado y la adquisición de nuevas competencias que contribuyan a la realización y al bienestar personal; la promoción de la participación en el mercado de trabajo, mediante acciones de implicación de los más jóvenes y de los mayores en actividades de formación profesional y aprendizaje durante toda la vida y para conciliar trabajo y vida privada; la promoción de la investigación y la innovación para mejorar las condiciones de vida de los mayores, incluyendo la accesibilidad, la promoción de su participación en la sociedad para una vida más prolongada e independiente, a través de las innovaciones tecnológicas y las TIC, impulsando la economía de plata; la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y el diagnóstico temprano, así como la rehabilitación, para un envejecimiento activo y saludable y una vida independiente; y la adaptación de los sistemas de seguridad social, que permitan disponer de pensiones sostenibles y contribuir a la reducción del número de personas mayores que viven por debajo del umbral de la pobreza;
- trabajar juntos para el futuro a escala europea, nacional, regional y local con el fin de ofrecer mejores oportunidades a los mayores para mantenerse activos y participar en la sociedad junto con los jóvenes, para lo que se han adoptado durante 2012 varias iniciativas de las que se deduce que estas asociaciones han creado una base positiva para el futuro, de modo que el legado del Año Europeo se presente y desarrolle de acuerdo con los principios que se anexan a la Declaración; y
- los mensajes políticos clave formulados en los términos siguientes: el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones son clave para la creación de una Europa para todas las edades, competitiva, próspera y cooperativa, de innovación, creatividad, inclusión social y cohesión; el envejecimiento

activo abarca la participación de las personas mayores en los asuntos sociales, económicos, políticos, culturales y cívicos, así como en la fuerza de trabajo; el trabajo potencial de los mayores debería utilizarse a través de sistemas de aprendizaje permanente, políticas de envejecimiento activo, para trabajar durante más tiempo, políticas de salud y seguridad en el trabajo y la promoción del envejecimiento activo; la transferencia de conocimiento y de competencias de los mayores a las generaciones más jóvenes y viceversa, de modo que sus competencias pueden ser empleadas después de la jubilación, en la economía social y en el voluntariado; la promoción de medidas para impulsar la cooperación entre las generaciones y la eliminación de las percepciones y los estereotipos negativos, a todos los niveles incluidos los de género; la proyección de la perspectiva de envejecimiento activo en todas las áreas políticas; y el impulso de la conciliación entre trabajo y vida familiar de mujeres y hombres, a través de las políticas de igualdad de género, las medidas y prácticas favorables a la familia en el lugar de trabajo, y los acuerdos sobre permisos para el cuidado de hijos y de personas mayores o dependientes.

Como anexo se incluyen los principios orientadores para el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones, referidos a: el empleo: el ofrecimiento a las mujeres y a los hombres de todas las edades del acceso y la participación en la educación, la formación profesional y el desarrollo de las competencias que les permitan reincorporarse y participar plenamente en el mercado de trabajo en empleos de calidad; la promoción de condiciones y de un entorno de trabajo que mantenga la salud y el bienestar de los trabajadores, asegurando su empleabilidad durante toda la vida; el establecimiento de estrategias de gestión del envejecimiento, adaptando las carreras profesionales y las condiciones de

trabajo a las necesidades cambiantes de los trabajadores cuando envejecen, evitando así su jubilación anticipada; el establecimiento de servicios de empleo para los trabajadores mayores que incluyan asesoramiento, colocación, y apoyo a la reincorporación a los que deseen permanecer en activo; la prevención de la discriminación por razón de la edad, garantizando la igualdad de derechos de los trabajadores mayores en el mercado de trabajo, evitando la utilización de la edad como criterio decisivo para evaluar la capacidad para desempeñar determinado trabajo, y los estereotipos negativos relacionados con la edad y actitudes discriminatorias hacia estos trabajadores en el lugar de trabajo; la revisión de los sistemas fiscal y de prestaciones para garantizar que el trabajo compense a los trabajadores mayores, asegurándoles un nivel adecuado de prestaciones; la capitalización del conocimiento y las competencias de estos trabajadores mediante la tutela y la creación de equipos de diferentes edades; y la conciliación entre el trabajo y los cuidados, adaptando las condiciones de trabajo y ofreciendo acuerdos sobre permisos adecuados; la participación en la sociedad: el establecimiento de sistemas que provean de ingresos adecuados en la vejez, preservando la autonomía financiera de las personas mayores y permitiéndoles vivir dignamente; la lucha contra la exclusión social y la soledad de las personas mayores, ofreciéndoles igualdad de oportunidades para participar en las actividades culturales, políticas y sociales; el establecimiento de un entorno mejor para el voluntariado de los mayores y la eliminación de los obstáculos para que puedan contribuir a la sociedad mediante sus competencias y experiencia; proporcionar a las personas mayores oportunidades de aprendizaje, especialmente en áreas de información y TIC, cuidados propios y finanzas personales, con poder para participar de forma activa en la sociedad, mediante el aprendizaje durante toda la vida; la participación en la toma de decisiones, especialmente en las áreas que les afectan directamente; y el apoyo a los cuidadores, informales, asegurándoles periodos de descanso y una adecuada protección social para evitar

su exclusión social; y la vida independiente: la adopción de medidas para aumentar los años de vida saludable y la reducción del riesgo de la dependencia mediante la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, a través de oportunidades de actividad física y mental adaptadas a las capacidades de las personas mayores; y la provisión de servicios que permitan a estas personas con salud deteriorada vivir con el mayor grado posible de autonomía; la adaptación de las viviendas y los sistemas de transporte para hacerlos accesibles y seguros para éstas personas; la adaptación de los entornos locales así como los bienes y servicios apropiados para las personas de todas las edades, mediante la utilización de las nuevas tecnologías, evitando la discriminación por la edad en el acceso a bienes y servicios; y la garantía del aumento, la preservación y la recuperación al máximo nivel posible de la autonomía y la participación de las personas con necesidad de ayuda y de atención, de modo que sean tratadas con dignidad.

4.4. El Fondo Europeo de Ayuda a las Personas más Desfavorecidas

Adoptada por la Comisión el 24.10.2012, y revisada el 12.11.2012, la propuesta del Reglamento del Fondo Europeo de Ayuda a las Personas más Desfavorecidas (FEAD), que viene a sustituir al Programa de Distribución de Alimentos para las Personas más necesitadas, creado en 1987, para aprovechar excedentes de producción agraria en el marco de la Política Agrícola Común (PAC) reformado de forma sucesiva hasta el Reglamento 120/2012, de 15.02.2012, en el que se estableció su finalización el 31.12.2013, se enmarca en la consecución del objetivo de la Estrategia Europa 2020 de reducir en 20 millones la cifra de personas pobres o en situación de riesgo de pobreza o de exclusión social en la UE, teniendo en cuenta que si en 2010, 116 millones de europeos estaban en esta situación, la tendencia, debido a la crisis económica, ha ido en aumento, y en 2011 esta cifra se incrementó en 2 millones más, con

manifestaciones de grave privación de las necesidades materiales básicas, como la alimentación (más de 43 millones) y la vivienda (4,1 millones), y un impacto especial entre los niños (25,4 millones). Iniciados los trabajos para su adopción a partir de noviembre de 2012, en el Consejo EPSSCO de 20.06.2013 se presentó un informe de progreso sobre el estado de situación del expediente antes de su aprobación definitiva el 11.03.2014 y su publicación en el DOUE L 72, del 12.03.2014.

El nuevo Reglamento consta de una exposición de motivos con 61 considerandos y de 64 artículos distribuidos en 7 títulos, en su parte dispositiva, dedicados a: las disposiciones generales, en las que se establece su objeto, finalidad y periodo de vigencia, del 01.01.2014 al 31.12.2020; la definición de asistencia material básica; las personas más desfavorecidas; organizaciones asociadas; programas nacionales; programa operativo y de inclusión social de las personas más desfavorecidas; operación; operación concluida; entidad beneficiaria; destinatario final; gasto público; organismo intermedio; ejercicio contable y financiero; y regularidad; agente económico; irregularidades sistémicas y deficiencia grave en la eficacia del funcionamiento efectivo del sistema; los objetivos del Fondo: la promoción de la cohesión social en la Unión mediante su contribución al logro de la reducción de la pobreza de la Estrategia Europa 2020 y del objetivo específico de aliviar las peores formas de pobreza mediante alimentos y asistencia material a las personas más necesitadas; el ámbito material de aplicación: la ayuda a los regímenes nacionales de distribución de alimentos y de bienes de consumo básico a las personas más desfavorecidas; y los principios que rigen el funcionamiento del Fondo; los recursos, que ascienden a 3.395.684 de euros a precios de 2011, y la programación del Fondo, el programa operativo; su adopción y modificaciones; el intercambio de buenas prácticas y la consulta a las organizaciones que participan en sus actividades; el seguimiento, la evaluación, la información y la comunicación de la actividad del Fondo, a través de la creación de un Comité

de seguimiento, la elaboración de informes de aplicación e indicadores; las reuniones para la revisión bilateral; las disposiciones generales para la evaluación ex ante, durante y ex post; y la información y la comunicación; la ayuda financiera del Fondo, concretando el tipo máximo de la cofinanciación, hasta el 85% del gasto subvencionable; el posible incremento en los pagos a los Estados miembros con dificultades presupuestarias temporales, el periodo de subvencionabilidad, y la subvencionabilidad de las operaciones elegibles; las formas de la ayuda (subvenciones, suministros o ambas); la elegibilidad del gasto; y la asistencia técnica; la gestión y el control del Fondo, detallando los principios generales de los sistemas de gestión y control; las responsabilidades de la gestión compartida; las responsabilidades de los Estados miembros; la designación y las funciones de las autoridades de gestión, de certificación y de auditoría; el procedimiento para la designación de la autoridad de gestión y de certificación; las competencias y responsabilidades de la Comisión; y la cooperación con las autoridades de auditoría; la gestión financiera, regulando los compromisos presupuestarios, los pagos por la Comisión, los pagos intermedios, y del saldo final, las solicitudes de pago, el pago a los beneficiarios, la utilización del euro, el pago y liquidación de la prefinanciación, el plazo para la presentación de solicitudes de pago y para la realización de éste, la interrupción del plazo del pago, la suspensión de los pagos; la elaboración, el examen y aprobación de las cuentas y el cierre de los programas operativos, regulando la presentación de la información, la preparación de las cuentas, su examen y aceptación, la disponibilidad de los documentos, y la presentación de la documentación del cierre y el pago del saldo final; las correcciones financieras y las recuperaciones, detallando las correcciones financieras realizadas por los Estados miembros y por la Comisión, los criterios de ésta, el procedimiento a seguir, el reembolso y el control proporcional de los programas operativos; la liberación de saldos fijando las reglas a aplicar, las posibles excepciones y el procedimiento; la delegación de poderes; y las disposiciones de aplicación y

finales, y más concretamente, del ejercicio de la delegación, del Comité y de la entrada en vigor del Reglamento el 1.01.2014.

4.5. La integración de los gitanos

La Recomendación del Consejo relativa a la adopción de medidas eficaces de integración de los gitanos en los Estados miembros, con el fin de orientar a los Estados miembros para mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por ellos para lograr la integración de los gitanos y reforzar la aplicación de las estrategias nacionales o del conjunto de medidas que se adopten para mejorar su situación, y cerrar las brechas existentes entre la población gitana y la población en general, teniendo en cuenta la diferente situación social y económica de los gitanos en los distintos Estados miembros, todo ello sin excluir otros colectivos desfavorecidos o marginados, aprobada por el Consejo EPSSCO de 09.12.2013 y publicada en el DOUE C378, de 24.12.2013, en sus 22 considerandos y 5 bloques de recomendaciones, agrupados en tres partes, se ocupa de:

- los aspectos políticos más sustanciales referidos a las medidas políticas específicas, recomendando a los Estados miembros su adopción para garantizar la igualdad de trato y el respeto de los derechos fundamentales, en concreto el acceso de la población gitana a: la educación, para lo que deben adoptar medidas para garantizar la igualdad de trato y el pleno acceso de los gitanos a la enseñanza general y de buena calidad, garantizando que completen al menos la enseñanza obligatoria y en particular la enseñanza primaria, mediante: la eliminación de la segregación escolar, la reducción del abandono escolar en todos los ámbitos de la educación, el aumento del acceso y de la calidad de la educación y la atención a la primera infancia, el uso de métodos de enseñanza personalizados, incluida la ayuda a los alumnos con dificultades

y la lucha contra el analfabetismo, el fomento de la mejora de la formación del profesorado dedicado a los gitanos, y de la participación y la conclusión de la educación secundaria y terciaria, y la ampliación del acceso a la educación de segunda oportunidad, de modo que los gitanos adquieran las competencias que les ayuden a incorporarse al mercado de trabajo; el empleo, garantizando la igualdad de trato y el cierre de la brecha entre trabajadores gitanos y no gitanos para mejorar la situación de aquéllos en materia de empleo, mediante: el apoyo a la primera experiencia laboral, la formación en el puesto de trabajo, el aprendizaje permanente y el desarrollo de capacidades; el apoyo al trabajo por cuenta propia y el emprendimiento; la igualdad de acceso a los servicios públicos de empleo, de asistencia en la búsqueda de empleo, de información, asesoramiento y orientación sobre posibilidades de empleo; y la eliminación de la discriminación que dificulta la incorporación o reincorporación al mercado laboral; la asistencia sanitaria, garantizando la igualdad de trato de los gitanos y la eliminación de las barreras para el acceso a los servicios de asistencia sanitaria disponibles para todos conforme a los criterios generales de elegibilidad; mejorar el acceso a las revisiones médicas regulares, la asistencia prenatal y posnatal y la planificación familiar y a los programas de vacunación gratuita de los niños y de los grupos de más riesgo; y promover la concienciación sobre las cuestiones de salud y su atención; la vivienda, garantizando la igualdad de trato de la población gitana y la población general en el acceso a la vivienda, mediante: la eliminación de la segregación espacial y el fomento de la lucha contra la segregación; el fomento del acceso no discriminatorio a la vivienda social y la disponibilidad de terrenos de acampada para los gitanos no sedentarios; y

el acceso a los servicios públicos (agua, gas y electricidad) y a las infraestructuras para las viviendas; así como que los proyectos de regeneración urbanística incluyan intervenciones integradas en materia de vivienda a favor de las comunidades marginadas, contando para ello con los Fondos Estructurales de la UE, y la financiación, dotando suficientemente sus estrategias nacionales y locales y sus planes de acción, a partir de las fuentes de financiación disponibles para alcanzar los objetivos de la integración de la población gitana, contando entre otros recursos con el 20% previsto en el FSE para integración social; y adoptando las medidas adecuadas, para que en los acuerdos de asociación sobre el uso de los Fondos Estructurales y del Fondo Europeo de Inversiones (2014-2020) se incluyan prioritariamente los proyectos de integración de los gitanos; y adaptando los fondos públicos destinados a aplicar las estrategias nacionales de inclusión a las necesidades específicas de los grupos destinatarios, entre ellos los gitanos.

- las medidas políticas transversales que incluyen las referidas a: la lucha contra la discriminación, respecto de la que deben garantizar la aplicación práctica de la Directiva 2000/43/CE, sobre el principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; aplicar medidas contra la segregación a favor de los gitanos a nivel regional y local, junto con programas de formación e información sobre la protección de los derechos humanos, dirigidos a los funcionarios y a los representantes de la sociedad civil y a la población gitana; y aplicar medidas para combatir la discriminación de la población gitana en la sociedad, a través de la

concienciación de las ventajas de su integración y sobre el carácter multicultural de las sociedades, de la sensibilización de la opinión pública, y de la adopción de medidas para luchar contra los estereotipos y el lenguaje y las conductas que puedan inducir a la discriminación contra los gitanos; la protección de los niños y las mujeres de etnia gitana, luchando contra la discriminación que sufren, incluida la discriminación múltiple, y contra la violencia, incluida la doméstica, el tráfico de seres humanos, aplicando la legislación relativa a los matrimonios de menores, combatiendo los matrimonios forzados y prohibiendo la mendicidad con niños, implicando a todas las partes interesadas, incluidas las comunidades gitanas; la reducción de la pobreza mediante la inversión social, a cuyo propósito se debe actuar mediante inversiones en capital humano y políticas de inversión social, para los colectivos más desfavorecidos, incluidos los gitanos, a través de: programas de ayuda específicos que incluyan servicios de apoyo en todas las etapas de la vida, abordando los riesgos a los que se enfrentan mediante la inversión en cuidados y educación de buena calidad en la primera infancia, regímenes de garantía juvenil y medidas de aprendizaje durante toda la vida y de envejecimiento activo; políticas activas para la integración y reintegración en el mercado de trabajo, fomentando mercados de trabajo inclusivos; prestaciones y servicios sociales más sostenibles y apropiados con mayor participación de los regímenes de asistencia social, y el apoyo adecuado a las rentas; y en función del tamaño y de la situación de la población gitana, los Estados miembros deben hacer de su integración uno de los aspectos centrales de sus PNR; y el empoderamiento, para lo que se deben crear las condiciones que permitan a

la población gitana ejercer plenamente sus derechos a lo largo de su vida, con la participación de sus representantes y organizaciones, e invertir en programas específicos de acceso a la educación, el empleo, la asistencia sanitaria y la vivienda de calidad, así como desarrollar actividades de formación y empleo de mediadores y de información para concienciar a los gitanos de sus derechos y obligaciones como ciudadanos;

- las medidas estructurales que incluyen las referidas a: la acción local, respecto de la que se deben desarrollar planes de acción o estrategias locales para fijar las líneas básicas, los indicadores de referencia y los objetivos cuantificables, además de la financiación adecuada a través de los Fondos Europeos de Inversión Social, para la integración de los gitanos; e implicar a las autoridades regionales y locales y a la sociedad civil a nivel local en la gestión, aplicación y seguimiento de las estrategias nacionales, desarrollando la cooperación entre las autoridades centrales y locales y con otras instituciones en la aplicación de estas estrategias; la supervisión y evaluación de las políticas, en las que deben realizando el seguimiento y la evaluación de la eficacia de sus estrategias o de las medidas nacionales adoptadas, así como de los resultados de los planes de acción, programas o estrategias a nivel local, reforzando la recogida de datos cualitativos y cuantitativos sobre la integración de la población gitana y sus progresos; utilizar indicadores básicos y métodos de recogida de datos para medir los progresos realizados, y elaborar los informes sobre la situación de la población gitana y no gitana, contando con el apoyo de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE; los organismos de promoción de igualdad

de trato, apoyando la labor y la capacidad institucional de éstos mediante los recursos adecuados para que puedan desempeñar su función de asistencia y ayuda jurídica y judicial a los gitanos víctimas de discriminación; y fomentando el diálogo entre los puntos nacionales de integración de los gitanos y los organismos nacionales citados; los puntos de contacto nacionales para la integración de los gitanos, que deben constituirse, facilitando la participación y la implicación de la sociedad civil gitana, con un mandato y recursos adecuados para coordinar la aplicación y el seguimiento de las políticas de integración de los gitanos a nivel nacional y local, garantizando su consulta en los procesos de toma de decisiones sobre las políticas pertinentes y la participación en la aplicación de las estrategias nacionales de integración de los gitanos y en los planes de acción local; y a la cooperación transnacional, a propósito de la que se debe fomentar el desarrollo y la participación en las formas de cooperación transnacional que se establezcan a través de iniciativas políticas, proyectos y acuerdos bilaterales o multilaterales para coordinar las cuestiones relacionadas con la movilidad transfronteriza de los gitanos dentro de la UE, y apoyar el aprendizaje mutuo y el intercambio de buenas prácticas para diseñar medidas de intervención eficaces para su integración, complementando las adoptadas en otros marcos de cooperación internacional, y por otras organizaciones internacionales como el Consejo de Europa y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.

La Recomendación concluye, estableciendo que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar su aplicación en un plazo de 24 meses a partir de su publi-

cación, con la obligación de notificar a la Comisión las medidas adoptadas así como las nuevas medidas que puedan adoptarse cada año, y con la invitación a la Comisión para que con esta información elabore los informes anuales para el Parlamento Europeo y el Consejo sobre la aplicación de las estrategias nacionales de inclusión de los gitanos, así como en el marco del Semestre Europeo de la Estrategia Europa 2020, con el fin de formular las recomendaciones específicas por países, previendo que cinco años después de su adopción considere la necesidad de revisarla y actualizarla.

4.6. La inversión social para el crecimiento y la cohesión

En el Consejo EPSSCO de 28.02.2013 la Comisión presentó la Comunicación «hacia una inversión social para el crecimiento y la cohesión, incluyendo la puesta en práctica del Fondo Social Europeo 2014-2020». En la que aborda los retos que se pretenden afrontar a través de la inversión social; como respuesta a ellos, la necesidad de centrarse en una inversión social simple, orientada y condicional; la orientación para la utilización de los fondos de la UE en el periodo 2014-2020, las iniciativas de la UE para asegurar un enfoque orientado e integrado de las inversiones sociales; y el futuro camino a seguir.

En la introducción se define la inversión social, como la función de las políticas sociales para capacitar a las personas mediante el fortalecimiento de sus competencias y capacidades y el establecimiento de incentivos para su participación en la sociedad y en la economía, con el fin de prepararles para afrontar los riesgos de la vida más que a su simple reparación, constituyéndose en un complemento esencial para las otras dos importantes funciones de las políticas sociales, que son la protección contra la pobreza y la estabilización de la economía; se hace referencia a los objetivos de la Estrategia Europa 2020 respecto del empleo y de la lucha contra la pobreza, y a las iniciativas emblemáticas adoptadas para facilitar su

consecución, además del proceso del Semestre Europeo, instrumentos establecidos para afrontar los retos de la crisis y las consecuencias de los cambios estructurales, teniendo en cuenta la necesidad de revisar las políticas sociales desarrolladas en las décadas pasadas en el ámbito de la seguridad social y de la protección social, a fin de superar sus debilidades, mediante: medidas de activación que desempeñen un papel más importante en los sistemas de apoyo social, de modo que las personas puedan participar activamente y contribuir a la mejora de sus capacidades, que los sistemas de protección social puedan beneficiarse de la simplificación, reduciendo las cargas administrativas y evitando el solapamiento entre los regímenes de ayudas existentes; todo ello considerando también la enorme presión sobre los presupuestos públicos, que viene a reforzar la necesidad de reexaminar y modernizar las políticas sociales actuales para optimizar su efectividad y eficiencia y los medios para su financiación, poniendo el énfasis en el enfoque de la inversión social, y considerando el apoyo social como una inversión global en los ciudadanos y en la sociedad.

De esta forma, la Comunicación establece un marco para reorientar las políticas de los Estados miembros hacia una mayor inversión social durante toda la vida y asegurar la adecuación y la sostenibilidad de los presupuestos de las políticas sociales, incluyendo orientaciones relativas al apoyo de los fondos de la UE al proceso del Semestre Europeo, y más concretamente a la aplicación de las Recomendaciones específicas por país y la evaluación del progreso de los Estados miembros en el logro de las reformas estructurales.

La primera parte de la Comunicación se ocupa de los retos a los que se pretende hacer frente a través de la inversión social, que se concretan en:

- los cambios demográficos, con referencia a la previsión de la reducción a partir de 2013 de la población en edad laboral en Europa y al rápido aumento de la proporción de las personas ma-

yores, junto con los elevados niveles de desempleo juvenil, circunstancias que amenazan la sostenibilidad de los presupuestos públicos dedicados a las políticas sociales, financiados generalmente a partir de la fiscalidad sobre el trabajo;

- las mejoras de la eficiencia en los presupuestos dedicados a las políticas sociales, considerando que los retos planteados por la evolución de la demografía se han agravado por la crisis y suponen una presión sobre los presupuestos de los Estados miembros, al tiempo que se necesitan mayores esfuerzos para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020, y que las reformas que se han puesto en marcha para responder a este reto han tenido efectos negativos sobre los niveles de pobreza, el crecimiento económico y la cohesión social; recordando el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2013, en el que se anima a los Estados miembros a invertir en crecimiento generador de empleo e inclusivo, recomendándoles que sean selectivos en la reforma de los presupuestos públicos, preservando el potencial de futuro crecimiento y las redes esenciales de seguridad social, con atención especial al mantenimiento o al fortalecimiento de la cobertura y la eficacia de los servicios de empleo y de las políticas activas del mercado de trabajo, junto con la modernización de los sistemas de seguridad social, para garantizar también su efectividad, adecuación y sostenibilidad;
- la necesidad de recursos privados y del tercer sector para complementar los esfuerzos del sector público, para la financiación de las políticas sociales, en particular en el desarrollo de nuevos mercados, sin olvidar la puesta en práctica de experimentos, como los bonos de impacto social, para incentivar la financiación privada de programas

sociales a cambio de la promesa de retornos del sector público si los programas sociales tuvieran éxito;

- la necesidad de inversión en capital humano durante toda la vida y la garantía de medios de vida adecuados, pasando revista a: la pobreza infantil y a su impacto en el rendimiento escolar y en las futuras oportunidades de trabajo, en particular en el caso de los niños de etnia gitana; la situación de los jóvenes que ni tienen trabajo ni están en proceso de formación y del alto riesgo de llegar a situaciones de pobreza en un porcentaje superior al de los adultos; el rápido aumento del desempleo de larga duración con el consiguiente peligro para la empleabilidad, la estabilidad familiar y la salud física y mental que afecta a los trabajadores jóvenes y a los de más edad; la baja tasa de participación en el mercado de trabajo de las mujeres, de las personas con discapacidad y de los inmigrantes; y a los problemas derivados de la segmentación del mercado laboral, y de los sistemas fiscales y de prestaciones que pueden crear desincentivos para el trabajo, constatando que a muchas personas el trabajo no les permite sacar a sus familias de la pobreza;
- la garantía de medios de vida adecuados, destacando que, en buen número de Estados miembros las políticas sociales han fracasado en sus intentos de evitar que parte de sus ciudadanos lleguen a situaciones de pobreza y exclusión social y de desempleo de larga duración; y que los estándares de vida se han reducido de forma desproporcionada para muchas personas que se encontraban ya en situación vulnerable, en particular los jóvenes, las mujeres de más edad, los desempleados, los discapacitados, los inmigrantes, y las personas sin techo, cuya cifra está aumentando;

- el tratamiento de la brecha de género, recordando las tasas de actividad de las mujeres, 16,4% inferior a la de los hombres; la proporción de las mujeres con trabajo a tiempo parcial, que en 2011 tenían una jornada semanal de trabajo inferior a la de los hombres en un 17 % de promedio; y la brecha en las retribuciones, que en 2010 alcanzaba el 16,2% por comparación en promedio de salario por hora bruto con la retribución de los hombres, estimado en más del 40% del total de ingresos, con los consiguientes efectos negativos en su contribución a la seguridad social y al riesgo de pobreza entre las mujeres de más edad.

La segunda parte de la Comunicación, en respuesta a los retos señalados, plantea la necesidad de centrarse en una inversión social, simple, orientada y condicional, dada la insuficiente inversión en políticas sociales que fortalezcan el desarrollo del capital humano y la necesidad de asegurar la adecuación y sostenibilidad de sus sistemas sociales y contribuir a la estabilización de la economía. Con este fin, se abordan las cuestiones siguientes:

- el aumento de la sostenibilidad de la adecuación de los sistemas sociales a través de la simplificación y de la mejor fijación de objetivos, urgiendo a los Estados miembros a: reflejar mejor la inversión social en la asignación de recursos y la arquitectura general de la política social, con mayor énfasis en las políticas de atención a la infancia, educación, formación profesional, políticas activas del mercado de trabajo, apoyo a la vivienda, rehabilitación y servicios de salud, y mejorando la sostenibilidad de los sistemas sanitarios; mejorar la financiación de las estructuras a través de la recaudación eficiente de ingresos, extendiendo las bases de los impuestos y haciendo su estructura más favorable al crecimiento, evitando los impactos negativos sobre la demanda del traba-

jo; simplificar los sistemas de prestaciones y su administración para los usuarios y proveedores, y reducir las cargas administrativas y el fraude, mediante la creación de ventanillas únicas y evitando la proliferación de diferentes tipos de prestaciones para una única contingencia; y mejorar la fijación de objetivos de las políticas sociales para asegurar que quienes presentan más necesidades reciben la asistencia adecuada reduciendo al tiempo la carga sobre las finanzas públicas. Para facilitar la acción de los Estados miembros, la Comisión propone prestarles apoyo mediante el seguimiento de la eficiencia y la eficacia de los sistemas sociales y su énfasis en la inversión social, para mejorar su adecuación y sostenibilidad en el marco del Semestre Europeo; y conforme al mandato del Consejo EPSSCO de 17.02.2012, que el Comité de Protección Social trabaje en la financiación de los sistemas de protección social y en la eficiencia y eficacia del gasto en protección social, incluido el desarrollo de una metodología al efecto a final de 2013.

- la continuidad de la activación y de las políticas que la hagan posible a través de un apoyo orientado, condicional y más efectivo, para lo que se urge a los Estados miembros a: aplicar en su totalidad la Recomendación de la Comisión sobre inclusión activa (2008) a través de la utilización del FSE y del FEDER, estableciendo los marcos legales que garanticen el acceso a servicios sociales eficientes de alta calidad, basado en la metodología que establezcan la Comisión y el Comité de Protección Social; cerrar la brecha de las retribuciones y las otras barreras que existen para la participación de las mujeres y otros colectivos de trabajadores subrepresentados en el mercado de trabajo y ofrecer medidas de conciliación, la adaptación de los puestos de trabajo

con soluciones basadas en las TIC, programas de mejora en las cualificaciones y en la formación, reconocimiento de competencias y cualificaciones, movilidad y desarrollo de las carreras profesionales, lo que podría lograrse a través de las regulaciones del mercado de trabajo, de los permisos parentales y de incentivos fiscales, además de poner en práctica actuaciones para asegurar que los sistemas fiscales y de prestaciones se alineen para hacer el trabajo atractivo, contando para ello con la aportación del FSE, del FEDER, del Fondo Europeo de Integración y del Fondo Europeo de Emigración y Asilo; utilizar el FEAD para abordar las privaciones materiales de las personas sin techo incluyendo el apoyo a las medidas de acompañamiento a la promoción de la inclusión social; desarrollar estrategias concretas para la innovación social, tales como asociaciones público-privadas y del tercer sector, garantizar el apoyo financiero adecuado, incluido la microfinanciación, y proveer de formación y patrocinio para apoyar políticas basadas en la realidad, aprovechando las oportunidades de financiación del FSE, del FEDER, del FEADER, del FEI y del Programa EaSI, y priorizar la política de innovación social en la aplicación de las Recomendaciones específicas por país; apoyar a los empleadores sociales mediante incentivos para la puesta en marcha de empresas y su desarrollo, dotándoles de un marco regulatorio alineado con la Iniciativa Empresa Social, y el Plan de Acción Emprendimiento 2020; y explorar y desarrollar vías innovadoras para garantizar la financiación adicional privada, por medio de asociaciones público-privadas. Para apoyar a los Estados miembros, la Comisión se compromete a: desarrollar una metodología para el seguimiento de las reformas en materia de inclusión activa en el marco del Semestre Europeo; clarificar las reglas sobre las

ayudas de Estado, el mercado interior y los contratos públicos aplicables a los servicios públicos; preparar una Recomendación sobre las mejores prácticas para la inclusión de los gitanos a partir de las experiencias de los Estados miembros y de los Informes anuales sobre el progreso en la aplicación de las estrategias nacionales de integración de éstos; mejorar la información de los derechos sociales mediante una Guía de Protección Social y ayudar a evitar la discriminación por nacionalidad y a reducir los obstáculos a la movilidad de los trabajadores; y orientar, en 2013, a los Estados miembros sobre la utilización de la innovación de la política social en la aplicación de las Recomendaciones específicas por país.

- la inversión social a lo largo de la vida de las personas, para lo que se urge a los Estados miembros a: aplicar la Recomendación sobre «la inversión en la infancia: ruptura del ciclo de las situaciones de desventaja», mediante una combinación de prestaciones monetarias y en especie y el acceso a una educación temprana y a servicios de salud y sociales de calidad, abordando las desigualdades mediante la eliminación de la segregación escolar y haciendo más visible y disponible la atención y la educación temprana de los niños, de acuerdo con los objetivos del Consejo Europeo de Barcelona (2002), y la Recomendación sobre «las políticas para reducir el abandono escolar prematuro», y desarrollar políticas integrales y basadas en datos reales para combatir este fenómeno con medidas de prevención, intervención y compensación; y utilizar los principios orientadores para el envejecimiento activo y la solidaridad intergeneracional y el índice de envejecimiento activo para el seguimiento de las personas de más edad en el empleo, la participación social y la vida independiente y las oportuni-

dades que les ofrece la Asociación Europea de la Innovación para el Envejecimiento Activo y Saludable. Con este fin, la Comisión apoyará a los Estados miembros mediante: la mejora de la recopilación de datos centrados especialmente en la infancia, para informar mejor del desarrollo y seguimiento de las políticas sociales con un enfoque a lo largo de la vida; la comprobación de la efectividad de las transferencias monetarias para apoyar la educación y la atención temprana de los niños, a través de un proyecto financiado por Progress; el trabajo conjunto con el Comité de Protección Social sobre un Informe relativo a las políticas de cuidados de larga duración para apoyar el envejecimiento activo y saludable y aumentar la capacidad de vida independiente de las personas de todas las edades; y el desarrollo de un manual para prestar asistencia a los Estados miembros en el diseño de estrategias sobre los cuidados de larga duración.

En la tercera parte de la Comunicación, sobre las orientaciones para la utilización de los fondos europeos en apoyo de la inversión social, tras destacar el papel del presupuesto europeo como catalizador para el crecimiento y el empleo en Europa, a través de las inversiones en capital productivo y humano, en particular del presupuesto del FSE, lo que justifica que para el periodo 2014-2020 la Comisión haya propuesto que al menos el 25% de la financiación de la política de cohesión en la UE deba dedicarse a este fin y al menos el 20% en cada Estado miembro, teniendo en cuenta las actuaciones y la experiencia de los fondos estructurales y de inversión, en particular del FSE y del Programa Progress y las perspectivas de los nuevos fondos previstos en el Programa EaSI y en el FEAD, se urge a los Estados miembros a: asignar recursos de la política de cohesión y desarrollo rural al desarrollo del capital humano (en materia de empleo, inclusión social, reducción de las desigualdades territoriales, envejecimiento activo

y saludable, accesibilidad a los servicios sociales de educación y salud, y aprendizaje durante toda la vida), que deberían adecuarse a la aplicación de los cambios estructurales propuestos por las Recomendaciones específicas por país; abordar las necesidades múltiples de las personas desfavorecidas, a través de acciones coordinadas por los Fondos Estructurales y de Inversión; completar los recursos de la UE con financiación procedente del Banco Mundial, el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa, y del BEI; e implicar a las partes interesadas, particularmente a las organizaciones de la sociedad civil, junto a los grupos objetivo de las intervenciones sociales en la programación y aplicación, y facilitar su acceso a la financiación. Para apoyar los esfuerzos de los Estados miembros, la Comisión actuará mediante: el desarrollo de orientaciones políticas operativas dirigidas a los fondos estructurales y de inversión que reflejen un enfoque de inversión social, a mediados de 2013; el desarrollo de los conocimientos bancarios con los Estados miembros y Eurofound para ayudar a compartir las lecciones aprendidas y las buenas prácticas de los fondos estructurales y de inversión y el apoyo para el desarrollo de mapas de pobreza, a través del FSE; y el apoyo a la capacitación de las autoridades nacionales y regionales para la aplicación efectiva de las políticas, incluida la promoción de las empresas sociales.

En la cuarta parte de la Comunicación, la Comisión presenta una serie de iniciativas concretas de la UE clave para asegurar un enfoque integrado y orientado de las inversiones sociales, entre ellas: las medidas para estimular la financiación en inversión social, señalando el apoyo a las empresas sociales para su acceso a la financiación a través del Fondo Europeo de Emprendimiento Social; la exploración de la utilización de nuevos instrumentos financieros y los bonos de impacto social; el apoyo adecuado a los medios de vida y la mejora de la sensibilización sobre los derechos sociales, planteando: la garantía de medios de vida adecuados; el establecimiento y la racionalización de la capacidad para dotarse de

ventanillas únicas; la mejora de la inclusión financiera; la protección de las personas ante las dificultades financieras; la eficiencia energética; y la mejora del acceso a la información de los ciudadanos y la inversión en la infancia, la educación y la atención en la primera etapa de la infancia, en la que la inversión social deberá dirigirse a: mejorar el acceso a la atención y los cuidados a la infancia; y a reducir el abandono escolar prematuro.

La Comunicación termina con unas Conclusiones sobre al camino a seguir en el futuro, en las que se hace un llamamiento a los Estados miembros para continuar actuando en el sentido establecido en este Paquete de Inversión Social y reorientar sus políticas hacia las inversiones sociales donde sean necesarias, para asegurar la adecuación y sostenibilidad de los sistemas sociales, vinculando estos esfuerzos a la mejor utilización de los Fondos de la UE, especialmente del FSE, centradas en: el fortalecimiento de la inversión social como parte del Semestre Europeo, implicando a todas las partes relevantes en la modernización de la política social como parte de la Estrategia Europa 2020, reflejando en los PNR las orientaciones del Paquete de Inversión Social, en particular en lo referente al progreso en la concentración de esta inversión en políticas sociales dedicadas a los cuidados de la infancia, la educación, la formación, las políticas activas del mercado de trabajo, la vivienda y los servicios de rehabilitación y salud, y la aplicación de estrategias integradas de inclusión activa y la simplificación de los sistemas sociales; e incluyendo la reforma de la protección social y la concentración sobre la inversión social y la inclusión activa de las Recomendaciones específicas por país y del Semestre Europeo; la mejor utilización de los fondos de la UE, en especial del FSE, en el periodo 2014-2020, apoyando a los Estados miembros en su programación, de acuerdo con las orientaciones del Paquete de Inversión Social; y la racionalización de la gobernanza y de la elaboración de informes, en el marco del método abierto de coordinación en el ámbito del Comité de Protección Social y en el contex-

to de la Convención Anual de la Plataforma contra la Pobreza y la Exclusión.

Como complemento, el Consejo EPSSCO de 20.06.2013 adoptó unas Conclusiones del Consejo sobre la inversión social para el crecimiento y la cohesión, en las que acoge favorablemente el enfoque integrado propuesto en el Paquete de Inversión Social, y la Comunicación de la Comisión «Una inversión social para el crecimiento y la cohesión, con inclusión de la implementación del FSE 2014-2020», centrada en la mayor eficacia y eficiencia del gasto para garantizar una protección social adecuada y sostenible, la inversión en competencias y capacidades de las personas para mejorar sus oportunidades de integración en el mercado de trabajo y en la sociedad, y que los sistemas de protección social respondan a las necesidades de las personas en momentos críticos de sus vidas; y la Recomendación de la Comisión sobre «La inversión en la infancia: la ruptura del ciclo de la desventaja», que propone un enfoque de la inversión social integrado, preventivo y favorable a la infancia, y requiere avanzar en los esfuerzos para interrumpir la transmisión de las desventajas entre las generaciones a través de enfoques pluridimensionales que combinen el acceso a recursos adecuados y la buena calidad de los servicios asequibles con los derechos de los niños para participar en la toma de decisiones que afectan a sus vidas.

En consecuencia, invita a la Comisión, a los Estados miembros y al Comité de Protección Social, a: considerar el concepto de inversión social en el trabajo futuro de las instituciones de la UE dentro del proceso del Semestre Europeo, a través de las referencias en los PNR de los Estados miembros y en el contexto del método abierto de coordinación social, a través de la inclusión en los informes nacionales sobre la situación social y la vigilancia temática de los principales asuntos y conceptos incluidos en el Paquete de Inversión Social; facilitar el trabajo del Comité de Protección Social en cooperación con la Comisión y los Comités relevantes en el examen de

la financiación de los sistemas de protección social y de la evaluación de su eficacia y eficiencia; trabajar conjuntamente como parte de los esfuerzos para proseguir una estrategia de inclusión activa, para examinar la metodología y la posible utilidad de la referencia a los presupuestos respetando las competencias nacionales y para demostrar el valor añadido en el diseño de medidas de apoyo eficientes y adecuadas a las rentas; establecer los medios para aplicar mejor las prioridades del Paquete de Inversión Social, a través de los fondos estructurales y de inversión de la UE, en particular del FSE, a partir de orientaciones operativas de la Comisión; y hacer el seguimiento de la aplicación de los enfoques de inversión social, teniendo en cuenta su eficiencia y eficacia, para garantizar la consecución de todos los beneficios derivados de ellos en los Estados miembros;

invita a los Estados miembros a: reconocer que las políticas de inversión social bien diseñadas complementan las funciones de estabilización macroeconómica y de protección social de los Estados de bienestar; tomar en consideración la Comunicación sobre la Inversión Social para el Crecimiento y la Cohesión (2013) como un marco integrado para el diseño y la reforma de las políticas sociales, especialmente de las que presentan un fuerte componente de inversión social; reconocer el potencial de un enfoque de inversión social, poniendo el énfasis en la prevención que reduzca la necesidad de potenciar medidas pasivas, para contribuir al aumento de los niveles de empleo; considerar el establecimiento de sistemas de prestaciones simplificados y políticas sociales mejor alineadas, complementadas con enfoques universales y selectivos para alumbrar sistemas de protección social adecuados y sostenibles; prestar más atención al diseño y aplicación de estrategias de inclusión activa integrales, que incluyan apoyo a las rentas adecuadas, a las políticas activas de mercado de trabajo y al acceso a los servicios como parte del proceso de los PNR y del Semestre Europeo así como de los informes sociales nacionales, conforme a la

Recomendación de la Comisión sobre la inclusión activa (2008); diseñar y aplicar políticas favorables a la infancia, de inversión en ella y para romper el ciclo de la desventaja social teniendo en cuenta la Recomendación de la Comisión sobre la inversión en la infancia (2013); diseñar y aplicar políticas sociales y de mercado de trabajo coherentes para combatir las desigualdades de género, abordando el aumento del riesgo de pobreza de las mujeres de más edad, las diferencias retributivas por razón de género, y las barreras para la plena participación de las mujeres en el mercado de trabajo; promover mercados de trabajo inclusivos, abordando la discriminación en el lugar de trabajo y animando a los empleadores a ofrecer medidas de conciliación, lugares de trabajo adaptados, y programas para aumentar las cualificaciones y la formación profesional; reconocer que una población sana puede tener una influencia positiva en los resultados económicos tales como la oferta y la productividad del trabajo, el capital humano y el gasto público, por lo que se deberían combatir los riesgos sociales y de la salud en momentos críticos de la vida de las personas, teniendo en cuenta los beneficios de la prevención y de la promoción de la salud de los ciudadanos, asegurando el acceso universal a servicios de salud de alta calidad y la modernización de los sistemas de salud para mejorar su relación coste-eficacia y su sostenibilidad; afrontar la situación de las personas sin techo mediante estrategias integrales basadas en enfoques de prevención, de arrendamiento de viviendas y la revisión de las regulaciones y prácticas sobre desahucio, teniendo en cuenta las orientaciones específicas en relación con estas personas del Paquete de Inversión Social; poner énfasis en la innovación en materia de política social, probar los tests de los nuevos enfoques para las políticas sociales e informar de estas cuestiones a través de los Informes sociales nacionales como parte del método abierto de coordinación y/o de los PNR cuando sea relevante para el logro de los objetivos de la Estrategia Europea 2020; explorar la utilización de enfoques más innovadores para la financiación, como la participación del sector

privado, y de instrumentos financieros, como los microcréditos; realizar esfuerzos para mejorar la actualidad de las estadísticas sociales a través del Sistema Europeo Estadístico como instrumento de apoyo al seguimiento de las tendencias sociales y de las realizaciones de los sistemas de bienestar; e implicar a los interlocutores sociales y a la sociedad civil en el diseño e implementación de los enfoques de inversión social a nivel nacional;

invita a la Comisión a: desarrollar el examen de la inversión social como un elemento crítico de las políticas sociales además de las funciones de estabilización y protección social de los sistemas de bienestar, y aportar orientaciones sobre estos temas a través del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento; realizar el seguimiento de la aplicación del enfoque de inversión social, teniendo en cuenta la eficacia de los sistemas de apoyo a las rentas, el diseño de servicios de activación y la prestación efectiva de servicios de apoyo social, para garantizar el logro por parte de los Estados miembros de todos los beneficios derivados del citado enfoque; aportar orientaciones a los Estados miembros sobre el mejor modo de utilizar los fondos estructurales europeos, a través de la aplicación del concepto de inversión social en las áreas de la política social de innovación y del emprendimiento; formular propuestas del modo en que la Plataforma Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social debería contribuir a este fin, y reforzar la participación de las partes interesadas; apoyar a los Estados miembros a superar los obstáculos para mejorar la actualidad de las estadísticas sociales; y desarrollar, en cooperación con ellos y con socios e instituciones relevantes, enfoques de conocimiento bancario en materia de inversión social, que deberán servir para minimizar la posible carga administrativa para los Estados miembros, para mejorar la difusión del conocimiento y la realidad del sector social, compartir las lecciones y experiencias políticas y mejorar la relación coste-eficacia de las políticas sociales e informar sobre los progresos logrados al Consejo EPSSCO;

invita al Comité de Protección Social a: desarrollar, con el apoyo de la Comisión, el trabajo analítico necesario para evaluar las realizaciones de las funciones de inversión, protección y estabilización de las políticas sociales, con especial atención a su capacidad de interacción, sostenibilidad, adecuación e impulso del crecimiento; y continuar sus reflexiones sobre la dimensión social de la UEM y en particular sobre las diferencias sociales entre y dentro de los Estados miembros, en particular en el contexto de la dimensión social de la UEM, de la creciente interdependencia entre éstos y la coordinación de las políticas económicas y los efectos potenciales de los desequilibrios sociales;

4.7. La dimensión social de la Unión Económica y Monetaria

En el desayuno de trabajo celebrado con ocasión del Consejo EPSSCO de 28.02.2013, en el contexto de la culminación de la UEM y del proceso de ejecución de la hoja de ruta acordada en las Conclusiones del Consejo Europeo de 13 y 14.12.2013, los ministros de empleo y de asuntos sociales comenzaron a ocuparse de este tema, abordando en la sesión de 15.10.2013 la Comunicación de la Comisión sobre el fortalecimiento de la dimensión social de la UEM, que con los antecedentes de la Comunicación de la Comisión sobre «la apertura de un debate europeo para un Plan director para una Unión Económica y Monetaria profunda y auténtica», de 28.11.2012, la Conclusión del Consejo Europeo de 13 y 14.12.2012 de apoyar el desarrollo de la dimensión social de la UEM incluyendo el diálogo social, y del Consejo Europeo de 27 y 28.06.2013, sobre la necesidad de reforzar y destacar la importancia de la mejora del seguimiento y de la consideración de la situación social y del mercado de trabajo en la UEM, utilizando especialmente los indicadores de empleo y sociales apropiados como parte del proceso europeo para la coordinación de la política económica, señalando también la necesidad de mejorar la coordinación de la política de empleo y de la

política social, respetando las competencias nacionales, el papel de los agentes sociales y el diálogo social, tanto en la UE como en los Estados miembros, propuso una serie de iniciativas para fortalecer la dimensión social de la UEM centradas en: el fortalecimiento de la vigilancia de los retos sociales y del empleo y la coordinación política, planteando: la necesidad de avanzar en la incorporación de la dimensión social en la supervisión de los desequilibrios macroeconómicos, a través del fortalecimiento del marco vigente de coordinación de la política de empleo y de la política social, destacando la importancia de detectar sus desarrollos adversos en una fase temprana y mejorar la coordinación y el seguimiento de las políticas citadas, lo que garantizaría respuestas efectivas e impulsaría la convergencia en estos ámbitos; el fortalecimiento del seguimiento del desarrollo del empleo y de las cuestiones sociales como parte de la supervisión macroeconómica; el desarrollo de un marcador de indicadores clave en materia social y de empleo; y el fortalecimiento de la coordinación de la política de empleo y de la política social dentro del Semestre Europeo; la responsabilidad, la solidaridad y la mejora de la actuación sobre el empleo y la movilidad del trabajo, ocupándose del aumento de la solidaridad por medio de instrumentos financieros reforzados; y de la profundización de la UEM, mediante la combinación de la ambición con la continuidad apropiada; y el fortalecimiento del diálogo social a escala de la UE, que juega un papel esencial en el progreso de la economía social de mercado, con beneficios para los empleadores, los trabajadores y la economía y la sociedad en su conjunto, señalando que desde la perspectiva del fortalecimiento de la gobernanza económica es esencial la implicación de los agentes sociales en los debates políticos y en los procesos de toma de decisiones, por lo que se considera esencial invertir en su fortalecimiento, a escala europea y nacional.

De acuerdo con el mandato del Consejo, el Comité de Protección Social en su contribución al debate sobre la Dimensión Social de la UEM: la coordinación ex ante de las reformas

principales de política social consideró que la dimensión social de la UEM debería incluir: instrumentos adecuados de seguimiento para detectar los desequilibrios sociales y la mejor coordinación de las políticas sociales bajo la autoridad del Consejo EPSSCO, subrayando el papel de éste en la coordinación ex ante de las reformas económicas principales en aquellos casos en los que esta coordinación incluya reformas en materia de protección social, proponiendo los principios fundamentales de la coordinación ex ante de las principales reformas en el ámbito de la política social: que deberá ser un proceso integrador anclado en el método abierto de coordinación social, que permita a todos los Estados miembros participar y transmitir el compromiso de los miembros del área Euro; que deberá respetar el principio de subsidiariedad y el proceso de adopción de decisiones en los Estados miembros, y permitir los intercambios de información y los debates políticos en la fase de diseño de la política para mejorar la coordinación de los enfoques políticos, especialmente del área Euro; y la alineación de estos procedimientos de coordinación con los procesos ya establecidos, para evitar cargas adicionales; y que deberá contemplar los efectos económicos y sociales de la repercusión potencial de las principales reformas en materia de protección social planeadas en un Estado miembro respecto de los otros Estados miembros.

A partir de estos principios, el Comité expresó su esperanza de alcanzar antes del Consejo EPSSCO de 09.12.2013, un acuerdo para disponer de un código de conducta con vistas a la coordinación social ex ante, sobre: los criterios para el establecimiento de las reformas clave que deberían ser objeto de una coordinación, para lo que un enfoque a tener en cuenta podría ser alinear la contribución de este Comité con el proceso general de las principales reformas de política económica; el momento más apropiado para un intercambio de información y de debate político sobre los planes para las reformas a escala de la UE, con referencia a los procedimientos y competencias institucionales, respetando las parti-

cularidades nacionales respecto del momento del informe; y el formato a utilizar para anticipar la apreciación del Comité al Consejo respecto de las reformas en debate.

En cumplimiento del mandato del Consejo EPSSCO de 20.06.2013 y considerando las Conclusiones del Consejo Europeo de 27 y 28.06.2013, respecto de la necesidad de mejorar el seguimiento y tener en cuenta las situaciones sociales y de los mercados de trabajo dentro de la UEM, especialmente a través de indicadores sociales y de empleo adecuados dentro del proceso del Semestre Europeo, los Comités de Empleo y de Protección Social elaboraron una opinión conjunta sobre la propuesta de creación de un Marcador que incluyera los principales indicadores en materia social y de empleo, recogida en la Comunicación de la Comisión sobre el fortalecimiento de la dimensión social de la UEM, a partir de los instrumentos ya existentes en el Semestre Europeo (los indicadores de Resultados de Empleo y de Protección Social, basados en el Marco de Evaluación Conjunta), en la que manifestaron la necesidad de dotar de mayor visibilidad y de mejorar el seguimiento de los indicadores sociales y de empleo mediante su presentación a través de un Marcador y acogieron favorablemente la propuesta de la Comisión, considerando que el desarrollo de éste ayudaría a reforzar la contribución del Consejo EPSSCO a la agenda del Consejo Europeo para el fortalecimiento de la dimensión social de la UEM.

No obstante, dado que el desarrollo de indicadores no puede sustituir a las políticas de reforma, en el caso de que finalmente se acordara la creación del Marcador, se entendió que deberían formar parte del mismo, como punto de partida, los referidos a: la tasa de desempleo; el porcentaje de jóvenes entre 18 y 24 años sin empleo, educación o formación; el cambio en el ingreso real bruto disponible de los hogares; la tasa de riesgo de pobreza de las personas entre 18 y 64 años; y la desigualdad (ratio S80/S20); que sería necesario continuar trabajando en los Comités y en los subgrupos

de Indicadores para finalizar la elección de éstos y la fijación de los posibles umbrales, así como debatir sobre la posible inclusión de algunos otros indicadores sobre el desarrollo del capital humano, considerando que el Marcador debería quedar plenamente integrado en el Semestre Europeo respetando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, sin poner en marcha ningún nuevo proceso ni representar un aumento de las cargas administrativas para los Estados miembros, y que debería ser utilizado como un instrumento para disponer de una información más detallada en los Indicadores de Resultados de Empleo y de Protección Social, incluyendo desgloses por razón de género, edad u otros factores, que permitieran reflejar mejor los principios de integración de la perspectiva de género y la situación específica de los principales segmentos de la población en el contexto del aumento de la coordinación política en el área del Euro, con la posibilidad de acceso voluntario al mismo de otros Estados miembros de fuera de ella, sin el desencadenamiento mecánico o automático de más recomendaciones o advertencias políticas.

5. LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES.

En el plano normativo, el Consejo EPSSCO ha continuado ocupándose de la aplicación del principio de igualdad de trato independientemente de la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual; y ha iniciado los trabajos para la adopción de una Directiva sobre la mejora del equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas en Bolsa y medidas afines; y en el plano no normativo ha abordado las cuestiones de la mujer y el medio ambiente; la lucha contra la violencia contra las mujeres; la mujer y los medios de comunicación; y la efectividad de los mecanismos institucionales para el avance de las mujeres y la igualdad de género, en el marco de las ac-

tuaciones relacionadas con la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing.

5.1. El equilibrio de género en las empresas cotizadas en Bolsa

A partir del debate político celebrado en el Consejo EPSSCO de 07.02.2012, sobre la presencia de las mujeres en los consejos de administración en las empresas, centrado en los obstáculos existentes para el aumento del número de mujeres en ellos, el modo de superarlos y de alcanzar un progreso sostenible en un período de tiempo razonable, las medidas de éxito adoptadas en cada uno de los Estados miembros para su mejora, y la forma en que este equilibrio podría ser mejorado a escala europea, en el almuerzo del Consejo EPSSCO del 6.12.2012 se iniciaron los trabajos para la aprobación de la Directiva sobre la mejora del equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de empresas cotizadas en Bolsa y medidas afines habida cuenta de que las iniciativas y esfuerzos realizados en la mayoría de los Estados miembros para aumentar la representación de las mujeres en los consejos de administración de las empresas no había tenido éxito, a pesar del consenso generalizado en Europa respecto de la importancia de la igualdad de género en la toma de decisiones y del aumento de la sensibilización sobre la necesidad de aprovechar el talento de las mujeres y de los hombres en beneficio de la economía, y de la constatación de las diferencias sobre la mejor manera de resolver los desequilibrios que subsisten en el sector empresarial.

La propuesta de Directiva, basada en el artículo 157.3 del TFUE, trata de conciliar las diferentes opiniones y en lugar de establecer una cuota obligatoria se inclina por fijar el objetivo del aumento de la proporción de las mujeres entre los miembros no ejecutivos de los consejos de administración de las sociedades cotizadas en Bolsa en el 40% o en el 33% en el caso de miembros no ejecutivos y ejecutivos, en 2020, mediante la aplicación de criterios neutrales que permitan asegurar la selección

justa y transparente de éstas, en la confianza de que se producirá un progreso más rápido en las empresas públicas que en las privadas, excluyendo de su aplicación a las PYME, así como a los Estados miembros que ya hayan introducido con éxito medidas con este fin.

Se estructura en 40 considerandos y 16 artículos. En estos se establece su objeto, la adopción de medidas destinadas a garantizar una representación más equilibrada entre hombres y mujeres como administradores no ejecutivos de empresas que cotizan en Bolsa, mediante medidas dirigidas a acelerar la consecución del equilibrio de género; la legislación aplicable, que será la del Estado miembro en el que esté registrada la empresa; las definiciones de empresa cotizada, consejo de administración, administrador, administrador ejecutivo, administrador no ejecutivo, sistemas de administración de estructura monista y dual, y PYME; la exclusión de las PYME; los objetivos relativos al equilibrio de género en los consejos; los medios para alcanzarlos, entre ellos las obligaciones y responsabilidades que han de asumir los Estados miembros; la suspensión de la aplicación del artículo relativo a los medios para alcanzar los objetivos de la participación equilibrada de las mujeres en los consejos de administración; el establecimiento de objetivos cuantitativos individuales; la información a las autoridades nacionales sobre la representación de las mujeres en los consejos, distinguiendo entre puestos ejecutivos y no ejecutivos; las medidas coercitivas; la posibilidad de adoptar o mantener disposiciones más favorables que las establecidas en la Directiva; la designación de organismos responsables de la promoción del equilibrio de género en los consejos de las empresas cotizadas; la transposición a los ordenamientos nacionales; los informes de evaluación y seguimiento de la aplicación de la Directiva y su posible revisión; la fecha de entrada en vigor y de expiración, el 31.12.2028; y los destinatarios.

En el transcurso de los debates durante el primer semestre de 2013, los puntos de

desacuerdo se polarizaron en torno a la base jurídica de la propuesta, en razón de la consideración o no como trabajadores de los miembros de los Consejos de Administración, de si están retribuidos en todos los casos, y si su régimen jurídico queda incluido bajo el epígrafe de empleo y ocupación, lo que llevó al Servicio Jurídico del Consejo, apoyado por tres Estados miembros, a cuestionar la propuesta de la Comisión, proponiendo como alternativa y no para la totalidad de las disposiciones de la Directiva el artículo 19 del TFUE, a seis Estados miembros a alinearse con las tesis de la Comisión y a otros dos a solicitar más profundidad en el planteamiento del Servicio Jurídico, sin que los demás se manifestaran expresamente.

Más allá de esta cuestión, hasta ocho países, a pesar de estar de acuerdo con los objetivos, consideraron que la propuesta no era el instrumento adecuado al afectar a cuestiones sobre el derecho de sociedades, además de crear cargas administrativas nuevas para las empresas; cuatro países la rechazaron de plano entendiéndolo que era contraria al principio de subsidiariedad y generaba nuevas obligaciones, y una parte importante de países rechazó también el régimen sancionador previsto. Más concretamente, se abordaron: los porcentajes de participación, cuestionándose las cifras propuestas, dadas las diferentes situaciones existentes en los Estados miembros, mostrándose buen número de ellos partidarios de tratar los porcentajes propuestos como objetivos a alcanzar y no como cuotas fijas; los requisitos de procedimiento, sin perjuicio de la necesidad de clarificar el texto en cuanto a la preselección de candidatos y a la elección misma, a cuyo propósito las posiciones manifestadas iban desde quienes cuestionaban la posible interferencia con la libertad de los trabajadores para seleccionar a sus candidatos en los países donde existe esta participación en los consejos de administración, hasta los que entendían que determinados requisitos podrían afectar a aspectos confidenciales de la estrategia empresarial, y superar las exigencias de la vigente legislación sobre no discriminación; los efectos no

deseados derivados de la exclusión de la aplicación de la Directiva en las empresas con menos del 10% del sexo subrepresentado en su plantilla; las cargas administrativas adicionales para las empresas derivadas de esta medida y el régimen de sanciones en caso de incumplimiento de la Directiva, proponiendo alternativamente un mecanismo basado en un enfoque de «cumplimiento o explicación»; la coherencia de la propuesta de la Directiva con la legislación sobre sociedades, planteándose la necesidad de aclarar a qué empresas se aplica; la exclusión de las PYME de la aplicación de la Directiva y consecuentemente su definición, que pudiera no ser coherente con la próxima revisión de la Directiva 2004/39/CE; la situación de las medidas vigentes en los Estados miembros en los que ya existen procedimientos referidos al logro del objetivo de la Directiva; la insuficiente consideración de la evaluación de impacto; y la suficiencia de los beneficios económicos derivados de la aplicación de la Directiva.

Como conclusión de los debates, en el Consejo EPSSCO, de 20.06.2013, se puso de manifiesto que si bien todos los países eran partidarios de mejorar el equilibrio de género en los consejos de las empresas, unos se inclinaron por adoptar medidas a nivel nacional y otros por una regulación general de la UE. En cualquier caso, se consideró necesario aclarar y modificar bastantes aspectos de la propuesta original de la Comisión, sin perjuicio de constatar los avances producidos durante el primer semestre de 2013; así como la reserva de examen al texto propuesto al que los parlamentos de seis Estados miembros habían formulado objeciones en relación con la aplicación del principio de subsidiariedad.

Durante el segundo semestre de 2013, se mantuvieron las posiciones enfrentadas sobre el rango del instrumento a adoptar, entre quienes apoyaron la declaración en actas del Consejo EPSSCO, de 20.6.2013, contrarios a la adopción de disposiciones jurídicamente vinculantes, invocando la quiebra de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y

los partidarios de mantener el rango del instrumento propuesto.

La Presidencia introdujo en sus propuestas transaccionales modificaciones en el título de la Directiva, extendiendo el alcance de ésta a los puestos de administradores ejecutivos y aclaró algunas cuestiones referentes al Derecho de sociedades, entre ellas las relativas a la definición de «empresa cotizada» y a la determinación del Estado miembro competente para regular los asuntos a los que hace referencia la Directiva, aquel en el que está registrada la empresa cotizada; la posibilidad de dejar en suspenso las obligaciones procedimentales previstas para alcanzar los objetivos cuantitativos fijados por parte de los Estados miembros que previamente hubieran adoptado medidas con este mismo fin; y confirmó la definición de PYME según la Recomendación de la Comisión de 20.05.2003. Sobre las medidas para aplicar de forma obligatoria la Directiva, propuso sustituir el término «sanciones» por el de «medidas de cumplimiento vinculante», y aclaró algunas disposiciones importantes, como las que indican que sólo se aplicarán al proceso de selección de candidatos, al establecimiento de un objetivo a alcanzar en el caso de los directores ejecutivos y a las obligaciones de informar, de modo que las empresas cotizadas no serían sancionadas en caso de no alcanzar los objetivos cuantitativos, y no serían consideradas responsables de los actos u omisiones no atribuibles a ellas.

En cuanto a las bases legales, prosiguieron las discrepancias entre la Comisión, y un grupo de Estados miembros, favorables a conservar el art. 157.3 TFUE, frente a los que, junto con el Servicio Jurídico del Consejo, lo pusieron en cuestión, sugiriendo emplear el art. 19 TFUE en razón de algunas de las medidas contenidas en la propuesta, necesarias para luchar contra la discriminación basada en el sexo y mejorar el funcionamiento del mercado interior. En cuanto al porcentaje de mujeres en los consejos de administración, ante la alternativa de alcanzar

el 33% de los miembros ejecutivos y no ejecutivos junto al objetivo del 40% de los miembros no ejecutivos de éstos, para aclarar las dudas que pudieran suscitar estas dos cifras se propuso eliminar la distinción entre las empresas cotizadas y las empresas públicas, para aplicar la Directiva. Para clarificar la cuestión de los requerimientos procedimentales y las reglas sobre el proceso de selección se incorporó la precisión sobre el respeto de los derechos de los accionistas y de los trabajadores y su libertad de voto a la hora de seleccionar a los miembros del Consejo o a sus representantes, aun cuando algunos mantuvieron reservas sobre la aplicación práctica del procedimiento. También se examinó la propuesta de dos Estados miembros, sobre la reducción del objetivo inicial al 30% de los miembros ejecutivos y no ejecutivos del consejo de administración en 2020; el retraso hasta 2026 de la exigencia del objetivo del 40% y del 33%, conservando la distinción entre miembros ejecutivos y no ejecutivos; el mantenimiento de la referencia a los representantes de los trabajadores en la definición de los directores, incorporando la posibilidad de los Estados miembros de optar por incluir a éstos en el cálculo para la consecución del objetivo fijado; y la supresión de la referencia a las medidas obligatorias y su sustitución por un sistema de «cumplimiento o explicación», quedando limitadas aquéllas a las obligaciones de información sobre los resultados del proceso. Esta propuesta, rechazada por quienes consideraron que implicaba un fuerte debilitamiento del objetivo de la Directiva, entre ellos, los que ni siquiera se mostraron dispuestos a debatirlas, fue apoyada por otros, mientras que la Comisión se mantuvo firme en su propuesta original.

Ante estas circunstancias, a pesar de los esfuerzos desplegados por la Presidencia, sólo se pudo constatar la necesidad de proseguir los trabajos para alcanzar un compromiso que permita adoptar la Directiva, dado el acuerdo existente sobre la mejora del equilibrio de género en los consejos de administración de las empresas cotizadas.

5.2. El principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual

Como continuación de los debates celebrados en el Consejo durante los años 2008 a 2011, en los que se analizaron de forma detallada diferentes aspectos de la propuesta de la Comisión, en el primer semestre de 2012 se abordaron: la excepción general por razón de la edad, a partir de una propuesta de la Presidencia para excluir del ámbito de aplicación de la Directiva las condiciones de elegibilidad referidas a la edad y la discapacidad, incluidos los límites de edad, respecto de las prestaciones y servicios de los sistemas de protección social de los Estados miembros, de igual forma que están excluidos los límites de edad en el área de la educación. Así pues, mientras algunos Estados miembros apostaron por eliminar completamente la protección social del ámbito de aplicación de la Directiva, y la Comisión se opuso señalando que la exclusión iría contra el objetivo de la Directiva de asegurar el acceso igual a la protección social, otros manifestaron sus dudas sobre la formulación de las disposiciones relativas a la protección social, que la incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva, excluyendo de él la organización de los sistemas de seguridad social, incluidas las condiciones de elegibilidad referidas a la edad y la discapacidad. Por su parte, en relación con los servicios de asistencia sanitaria, públicos y privados, la Comisión se mostró favorable a la propuesta de la Presidencia de que la excepción de la edad y la discapacidad respecto de las condiciones de elegibilidad sólo se aplicaran en el contexto de la organización de los sistemas de protección social de los Estados miembros, es decir, en la asistencia sanitaria pública, por lo que los límites de edad establecidos como condición de elegibilidad deberían quedar excluidos de la Directiva, mientras que los prestadores de servicios de asistencia sanitaria privados deberían justificarlos; la posibilidad de aplicar

la diferencia de trato por motivos de edad y discapacidad en la provisión de servicios financieros, para lo que la Presidencia propuso como justificación que las personas, según su edad o cuando padecen alguna discapacidad, no están en situaciones comparables ante la evaluación de los riesgos, con el fin de aclarar los criterios a considerar, de modo que si la edad o la discapacidad son factores determinantes para esta evaluación, ésta se debe basar en principios actuariales y datos estadísticos y clínicos relevantes y fiables para que no constituya discriminación; además de suprimir la mención de las condiciones de salud subyacentes a la discapacidad como criterio, manteniendo su referencia como ejemplo en un considerando. A esta segunda propuesta se opusieron varios países, considerando demasiado amplia la referencia a la discapacidad como factor determinante en los términos formulados y que vendría a reducir la protección contra la discriminación, recomendando perfilar más el supuesto, al tratarse de una excepción al principio general de no discriminación, que debería quedar bien delimitada; otros países consideraron que las cuestiones de la salud deberían ser relevantes no sólo en el contexto de la discapacidad sino también en relación con la edad; y algunos otros pidieron aclaración sobre el derecho de los clientes y de los órganos judiciales a ser informados sobre las razones que puedan explicar la diferencia de trato por motivos de edad o discapacidad en los servicios financieros, propuesto por la Presidencia; la seguridad jurídica, respecto de la que algunos miembros advirtieron contra las prácticas comerciales en las que se ofrecen tarifas más baratas a ciertos grupos de edad, proponiendo como solución aclarar el alcance de la regla de la carga de la prueba, en los casos en los que se ofrezcan condiciones de acceso más favorables a personas de una cierta edad, sin justificaciones objetivas.

En el segundo semestre de 2012 se abordaron cuestiones relativas al acceso a la protección social, incluida la seguridad social, la asistencia social, la vivienda social y la atención sanitaria, y más concretamente a la

prohibición del acceso a las prestaciones y servicios de la protección social, de conformidad con lo establecido en los Estados miembros, respecto de la que si bien la mayoría de estos y la Comisión aceptaron el planteamiento y la propuesta de la Presidencia, algunos se inclinaron por alinear el texto de esta Directiva con el de la Directiva 2000/43/CE, otros pidieron precisar y aclarar más el texto y sus consecuencias prácticas, en particular respecto de la discriminación por edad, para mejorar la seguridad jurídica, y otros solicitaron la exclusión de la protección social del campo de aplicación material de la Directiva; y al acceso a la educación, asumiendo que la organización de los sistemas educativos y la determinación del contenido de las actividades docentes son competencia exclusiva de los Estados miembros, respecto de la que una mayoría de miembros y la Comisión acogieron favorablemente la propuesta de la Presidencia, algunos prefirieron el texto de la Directiva 2000/43/CE, que omite la referencia al «acceso», otros solicitaron más aclaraciones, incluidas las relativas a la discriminación por la edad, y otros propusieron excluir la educación del campo de aplicación material de la Directiva.

Durante el primer semestre de 2013, siguiendo la recomendación del informe de progreso presentado en el Consejo EPSSCO de 6.12.2012, la Presidencia presentó propuestas de compromiso sobre: el ámbito de aplicación de la Directiva y la definición del concepto de «acceso» a la protección social, a la educación y a los bienes y servicios, para superar la falta de seguridad jurídica derivada de su ausencia en la propuesta original, demandada por un buen número de Estados miembros; la discriminación en materia de educación, para aclarar el texto, utilizando la definición del «acceso» diferenciada de la de «elegibilidad»; las disposiciones sobre la aplicación a las personas con discapacidad de normas sobre el acceso debidamente adaptadas a las circunstancias de éstas; la discriminación y el acoso en razón de la asociación con personas de una determinada religión, creencia, discapacidad, edad u orientación sexual; las políticas de pre-

cios de determinadas prácticas comerciales en relación con la edad; el derecho a la protección frente a la discriminación respecto de otros derechos y libertades; las medidas de acción positivas; la integración de la perspectiva de género; y las obligaciones derivadas de la aplicación de la Directiva a las PYME.

En el segundo semestre de 2013 prosiguieron los trabajos, centrados en el ámbito de aplicación de la Directiva; en los conceptos de acceso, diferenciando entre el acceso a la protección social y a la educación del acceso a los bienes y servicios, y aclarando que no supone la determinación de si una persona es elegible para recibir protección social o educación, y de discriminación, volviendo a una definición única, frente a la alternativa de establecer definiciones diferentes para cada ámbito de ésta, a partir del cuestionario y de las propuestas transaccionales de la Presidencia, así como en la mejora de la claridad y la coherencia del texto, a propósito de la delimitación de competencias nacionales en materia de seguridad social, asistencia social, vivienda social y asistencia sanitaria, en particular respecto de la financiación y gestión de los sistemas de protección social y las cuestiones de elegibilidad, sobre las que se alcanzó un acuerdo generalizado. Al final del mismo, el informe de progreso concluyó que se debería continuar trabajando durante la próximas presidencias en: el ámbito de aplicación general de la Directiva; las medidas de anticipación, en lo relativo a la accesibilidad, para asegurar la igualdad de trato a las personas con discapacidad; el calendario de aplicación; algunos aspectos de la división de competencias y de la subsidiariedad; y la seguridad jurídica.

5.3. La mujer y el medio ambiente

Las Conclusiones del Consejo sobre mujer y medio ambiente: el impulso a la toma de decisiones, las cualificaciones y la competitividad en el ámbito de la política de la Unión Europea para mitigar el cambio climático, aprobadas por el Consejo EPSSCO de 21.06.2012 en

el marco del seguimiento de la Plataforma de Acción de Beijing, adoptada por la IV Conferencia Mundial de la Mujer (1995), en la que se identificó la mujer y el medio ambiente como una de las doce áreas críticas todavía no abordadas, se elaboraron teniendo en cuenta los compromisos políticos proclamados por las instituciones europeas y por otros actores en la relación de documentos que figuran en el Anexo II.

En ellas, considerando el papel vital que juegan las mujeres en el desarrollo sostenible y que la dimensión de género debería ser integrada en los esfuerzos para luchar contra el cambio climático, uno de los mayores retos de la era moderna, al que debe aplicarse la perspectiva de igualdad de género y desarrollar los indicadores precisos para evaluar el progreso que se vaya logrando; que las mujeres y los hombres se ven afectados de forma diferente, tienen distintas percepciones y actitudes y no están representados equitativamente en la toma de decisiones ante el cambio climático; el informe del IEIG, y la definición de los cuatro indicadores (proporción de mujeres en los organismos de toma de decisiones sobre el cambio climático en los Estados miembros; a escala de la Unión Europea, en el Parlamento Europeo y en la Comisión; a nivel internacional; y proporción de mujeres con título de tercer nivel entre todos los graduados en ciencias y tecnologías naturales en la UE y en los Estados miembros), centrados en la toma de decisiones y en la educación para mitigar el cambio climático en todos los niveles (local, nacional e internacional) contenida en el anexo I, de los que se deduce la necesidad de aumentar la participación de las mujeres en la toma de decisiones; tras subrayar: la urgente necesidad de mejorar la igualdad de género en la toma de decisiones para mitigar el cambio climático, especialmente en los sectores del transporte y de la energía y para aumentar el número de mujeres con cualificaciones relevantes en los ámbitos científico y tecnológico, vital para la competitividad de Europa; y de superar los prejuicios y estereotipos de género que se encuentran entre las causas subya-

centes de las diferencias retributivas y de la desigualdades económicas entre hombres y mujeres, con la consiguiente repercusión negativa en la competitividad; acoger favorablemente el informe del IEIG que demuestra la falta del equilibrio de género en la toma de decisiones para mitigar el cambio climático en los diferentes niveles, y pone de manifiesto la necesidad de mejorar el acceso de las mujeres a la educación en los ámbitos relacionados con la ciencia y la tecnología; y tomar nota de los cuatro indicadores citados y en especial de su objetivo de implicar activamente a las mujeres en la toma de decisiones a todos los niveles en relación con el medio ambiente; el Consejo invita a los Estados miembros y a la Comisión Europea a: adoptar medidas activas y específicas para alcanzar una representación equilibrada de las mujeres y de los hombres en la toma de decisiones para mitigar el cambio climático a todos los niveles; apoyar a las mujeres en el ámbito de la ciencia y la tecnología a nivel nacional y de la UE, y facilitar su acceso a ámbitos educativos y ocupaciones no tradicionales (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas); eliminar los estereotipos de género y promover la igualdad de género a todos los niveles de educación y formación y laborales para reducir la segregación por razón de género en el mercado de trabajo; dismantelar las barreras que impiden el acceso de las mujeres a los niveles más elevados en la educación de posgrado y en la investigación; identificar y superar los obstáculos financieros, administrativos, culturales y de movilidad que todavía subsisten y crear condiciones de trabajo más atractivas y flexibles en los ámbitos científico y tecnológico; promover el intercambio de buenas prácticas para combatir los estereotipos de género, la segregación educativa y ocupacional y las desigualdades en la toma de decisiones respecto del cambio climático; integrar el principio de transversalidad de género en la legislación, las medidas políticas y los instrumentos relacionados con el cambio climático, en el marco de la Estrategia Europa 2020; y a la Comisión a: continuar utilizando el Informe Anual sobre el progreso de la igualdad entre mujeres y hombres para se-

guir su desarrollo en la UE; realizar el seguimiento de la igualdad de género en la toma de decisiones para mitigar el cambio climático en los ámbitos educativos relevantes, utilizando los indicadores citados y promover la investigación sobre las mujeres y el cambio climático, para desarrollarlos y mejorarlos; revisar regularmente el progreso logrado en las áreas críticas identificadas en la Plataforma de Acción de Beijing en las que ya se han desarrollado indicadores; tener en cuenta los resultados de estas revisiones en su Informe Anual sobre la igualdad entre mujeres y hombres; utilizar de forma efectiva los datos comparables, las estructuras y los instrumentos existentes en la UE, y el trabajo del IEIG, para mejorar la recogida, el análisis y la difusión de estos datos en la UE; y actuar para sensibilizar, con la participación de la sociedad civil, sobre la dimensión de género de la política de cambio climático.

5.4. La lucha contra la violencia contra las mujeres

También en el marco del seguimiento de la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing, respecto de la violencia contra las mujeres, en base al Informe del IEIG sobre el apoyo a las víctimas de la violencia contra las mujeres, que contiene un panorama de la situación en los Estados miembros de la violencia doméstica contra las mujeres, de las medidas políticas y legislativas adoptadas para afrontar este problema y de los retos que todavía existen, además de un examen en profundidad del apoyo a las víctimas, a partir del indicador establecido en 2002, el Consejo EPSSCO de 06.12.2012 adoptó unas Conclusiones del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la provisión de servicios de apoyo a las víctimas de la violencia doméstica.

En ellas, a partir de una serie de consideraciones sobre: la calificación de la violencia de género contra las mujeres como atentado contra el derecho fundamental a

la vida, la libertad, la seguridad, la dignidad, la igualdad entre mujeres y hombres, y la no discriminación y como violación del pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres y manifestación o resultado de la discriminación contra ellas; su condena como violación de estos derechos, reafirmando que no se pueden invocar razones de ningún tipo (costumbres, tradiciones, cultura, privacidad, religión u honor) para justificar el incumplimiento de las obligaciones de los Estados respecto de su prevención y eliminación y de la persecución de los perpetradores; la necesidad de políticas coordinadas a todos los niveles y de enfoques integrados sobre las cuestiones clave de la prevención, la protección, el apoyo a las víctimas y la persecución de los perpetradores; la dificultad para disponer de información sobre la magnitud y las consecuencias de la violencia contra las mujeres, lo que exige utilizar y desarrollar más fuentes de información relevantes; la inclusión en el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020) de una de las cinco áreas prioritarias identificadas en la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015) referida a «la dignidad, la integridad y el final de la violencia de género», y de la violencia contra las mujeres entre las doce áreas críticas de actuación de la Plataforma de Acción de Beijing y la declaración de que los gobiernos deberían tomar medidas para garantizar la protección de las mujeres víctimas de esta violencia, y la elaboración de indicadores en 2002; la inclusión en el programa de trabajo del trío de Presidencias (Polonia, Dinamarca y Chipre) del apoyo activo a todas las iniciativas para combatir la violencia contra las mujeres, la violencia doméstica y la mutilación genital femenina; la inclusión de la eliminación y prevención de todas las formas de violencia contra las mujeres como tema prioritario de la 57 sesión de la Comisión de la ONU sobre la situación de la mujer en 2013; y las Conclusiones y Recomendaciones de la Conferencia Europea sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres en la UE, de 8 y 9.11.2012 y el Informe elaborado por el IEIG.

El Consejo invita a los Estados miembros y a la Comisión Europea a: desarrollar, aplicar y mejorar los planes, programas o estrategias de acción coordinados para combatir todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, implicando a todas las partes interesadas y combinando medidas legislativas y no legislativas dirigidas a la prevención y la eliminación de la violencia, la protección y el apoyo a las víctimas y la persecución de los perpetradores, y asegurar la financiación apropiada y sostenible para su aplicación; conciliar el desarrollo de una Estrategia Europea para prevenir y combatir todas las formas de violencia contra las mujeres de acuerdo con las Conclusiones del Consejo sobre la erradicación de la violencia contra las mujeres en la UE (2010); mejorar la recogida y difusión, a nivel nacional y de la UE, de datos estadísticos y administrativos actualizados regularmente, comparables y fiables, sobre las víctimas y los perpetradores de todas las formas de violencia; reformar las unidades especiales y reforzar la formación de los profesionales que tratan con las mujeres víctimas de este tipo de actos, según la legislación y la práctica nacional penal; garantizar que los servicios de apoyo a las víctimas de violencia apliquen una perspectiva de igualdad de género, y se adapten a las necesidades específicas inmediatas y a largo plazo de las mujeres; reforzar y apoyar la cooperación multidisciplinar y entre agencias implicando a todas las partes interesadas, incluidas las organizaciones de mujeres y las ONG que desempeñan un papel importante en la lucha contra la violencia y prestan servicios a las víctimas; considerar el establecimiento de una línea europea de ayuda (116) de asistencia a las víctimas de violencia contra las mujeres; y realizar el seguimiento de la situación de la violencia contra las mujeres, incluidos los servicios de apoyo a las víctimas de violencia doméstica, utilizando los indicadores establecidos en 2002 y promover más investigaciones sobre otras formas de violencia contra las mujeres, mejorando y desarrollando los indicadores citados; al Parlamento Europeo, a la Comisión Europea y a los Estados miembros a: considerar la firma, ratifica-

ción y aplicación del Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, sin perjuicio de las negociaciones futuras para la posible adhesión de la UE; desarrollar y apoyar actividades de sensibilización mediante programas de educación y formación para luchar contra las pautas discriminatorias tradicionales y abordar los estereotipos sexistas y de estigmatización social que legitiman y perpetúan la violencia contra las mujeres; prestar atención a la prevención primaria de la violencia contra las mujeres, reconociendo el papel del sistema educativo; intensificar la protección de las víctimas cuando ejerzan el derecho a la libertad de circulación en la UE, garantizando la aplicación efectiva de la orden de protección europea; garantizar la aplicación efectiva de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen los estándares mínimos sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas; prestar atención especial a los intereses y las dificultades de las mujeres y las niñas en situación vulnerable y que afrontan discriminaciones múltiples para asegurar que la protección contra la violencia y el apoyo a las víctimas llega a todas las partes de la sociedad; garantizar la financiación apropiada y sostenible a escala nacional y de la UE para impulsar la igualdad entre mujeres y hombres y para combatir la violencia contra las mujeres; y considerar la designación de 2015 como Año Europeo de la tolerancia cero frente a la violencia contra las mujeres, y a los Estados miembros del Espacio Económico Europeo y a la Comisión Europea a reforzar su apoyo a los países socios para combatir la violencia contra las mujeres y toda forma de discriminación contra ellas y las niñas, incluido el apoyo a los actores no estatales, de acuerdo con las orientaciones de la UE sobre la violencia contra las mujeres y el Plan de Acción para la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres de la UE 2010-2015.

Como anexos se incluye la lista de indicadores y subindicadores sobre violencia doméstica contra las mujeres, adoptados en 2002 y la relación de documentos del Consejo Euro-

peo, el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión y de otros órganos consultivos adoptados sobre este mismo tema y que sirven como antecedentes y marco de referencia a estas Conclusiones.

5.5. La mujer y los medios de comunicación

Igualmente, en el marco del seguimiento de la aplicación de la Declaración y de la Plataforma de Acción de Beijing, a propósito de las mujeres y los medios de comunicación, una de las doce áreas de actuación contenidas en la Declaración citada, el Consejo EPSSCO de 20.06.2013 adoptó unas Conclusiones del Consejo sobre «el progreso del papel de las mujeres en la toma de decisiones en los medios de comunicación».

En ellas, el Consejo recuerda: las Conclusiones sobre «las mujeres y los medios de comunicación» de la Comisión de la ONU sobre el Estatuto de las Mujeres, de 1996, en las que se recomendaba la puesta en marcha de una iniciativa para apoyar la participación igual de las mujeres en la gestión, la programación, la educación, la formación y la investigación, con el objetivo de lograr el equilibrio entre mujeres y hombres en todas las áreas y en todos los niveles del trabajo en los medios de comunicación; las Conclusiones del Consejo «Beijing + 15», de noviembre de 2009, en las que se recomendaba el desarrollo por parte de los Estados miembros de indicadores en las áreas de la Plataforma de Beijing no abordadas todavía por el Consejo, y que las mujeres y los medios de comunicación es una de ellas; el Informe del Comité Consultivo para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres y los Hombres sobre la eliminación de los estereotipos de género en los medios de comunicación, y su recomendación sobre la necesidad de recopilar datos e información para el seguimiento de la presencia de las mujeres en la toma de decisiones en estos; y la Directiva sobre servicios de medios audiovisuales, de 10.03.2010, que requería a los Estados miembros garantizar

que estos servicios de los medios de comunicación no contuvieran incitaciones al odio basadas en motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, y que las comunicaciones audiovisuales comerciales no atentaran contra la dignidad humana ni incluyeran o promovieran ningún tipo de discriminación basada en éstas circunstancias, en la discapacidad, la edad o la orientación sexual; subraya: la necesidad de lograr la igualdad de género de hecho en la UE, que requeriría un enfoque múltiple y la participación igual de mujeres y hombres en la toma de decisiones para reflejar mejor la composición de la sociedad, reforzar la democracia y promover su funcionamiento adecuado y eliminar los prejuicios y estereotipos basados en el género que ayudan a perpetuar la segregación educativa y en el mercado de trabajo de las mujeres e impiden su avance en los procesos de toma de decisiones, con la consiguiente repercusión en la desigualdad económica entre éstas y los hombres, el perjuicio para que la población femenina europea desarrolle su potencial y contribuya a la economía, y el impacto negativo en el logro del objetivo de empleo de la Estrategia Europa 2020; la enorme capacidad de los medios de comunicación para contribuir positivamente al logro de la igualdad de género a todos los niveles, promoviendo la descripción equilibrada y no estereotipada de mujeres y hombres; y el aumento del número de mujeres incorporadas a las organizaciones de medios de comunicación y del porcentaje de estudiantes femeninas graduadas en periodismo, aunque comparativamente todavía pocas mujeres hayan alcanzado los niveles más altos en la toma de decisiones; acoge favorablemente el estudio del IEIG sobre «La revisión de la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing en los Estados miembros de la UE: el progreso de la igualdad entre mujeres y hombres en la toma de decisiones en los medios de comunicación», que mide la presencia de las mujeres en puestos principales a partir de una muestra de empresas de medios de comunicación en los Estados miembros; y toma nota de los tres indicadores relativos a la presencia de las mujeres en la toma de decisiones en los medios de comunicación:

- la proporción de las mujeres y de los hombres en los puestos de toma de decisión en las organizaciones de los medios de comunicación en la UE, que mide hasta donde las mujeres ocupan puestos asociados con la toma de decisión principal en las organizaciones de los medios de comunicación, desde el nivel más alto referido a las decisiones estratégicas de la organización hasta los puestos de gestión con responsabilidad en alguna de las principales unidades operativas, por ejemplo, de control y ejecución de los presupuestos, supervisión de programas y política editorial.
- la proporción de mujeres y hombres en los consejos de administración de las organizaciones de los medios de comunicación en la UE, que aporta información sobre la cuestión citada.
- las políticas para promover la igualdad de género en las organizaciones de los medios de comunicación en la UE, que trata de medir hasta donde las organizaciones de los medios de comunicación abordan la igualdad de género en sus políticas internas, y revisa la presencia de códigos de conducta para la aplicación y el seguimiento de ésta y las medidas prácticas adoptadas para apoyar el desarrollo de las carreras profesionales de las mujeres y mejorar el equilibrio de género, que incluyen: medidas políticas, sobre la igualdad de género y los códigos de conducta, la igualdad y la diversidad de oportunidades, el acoso sexual en el lugar de trabajo, la dignidad en el trabajo, la maternidad, la paternidad y los permisos parentales, y el trabajo flexible; los mecanismos de aplicación y seguimiento; y medidas prácticas para impulsar el progreso de las mujeres y su descripción en los medios de comunicación, incluidos los puestos de aprendiz, la formación para la gestión y la dirección, dedicados especí-

ficamente a las mujeres, y la formación sobre la sensibilización en materia de igualdad para los directivos.

Como conclusión invita a los Estados miembros y a la Comisión, a: tomar medidas activas y específicas para impulsar la igualdad de género a todos los niveles, incluyendo el progreso de las mujeres en la toma de decisiones, de acuerdo con el Pacto Europeo para la Igualdad de Género 2011-2020 y la Estrategia para la Igualdad entre las Mujeres y los Hombres 2010-2015 en todos los sectores, incluida la industria de los medios de comunicación; continuar animando a los empleadores para promover la igualdad de trato de los hombres y las mujeres de forma sistemática y planificada en el lugar de trabajo, y a las organizaciones de los medios de comunicación a diseñar y poner en práctica procesos de reclutamiento y promoción sobre bases establecidas previamente, claras y transparentes, formuladas de forma neutral, y sobre criterios inequívocos, según la Directiva 2006/54/CE, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre los hombres y las mujeres en materia de empleo y de educación; promover una cultura organizativa centrada en la sensibilidad de género en la gestión y adoptar un enfoque planificado y sistemático para impulsar la igualdad de género, mejorar el equilibrio entre la vida y el trabajo de las mujeres y los hombres y facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y privada; desarrollar un diálogo regular con las organizaciones de los medios de comunicación para animarles a desempeñar un papel activo en la promoción de la sensibilización y de la igualdad de género en los medios, desarrollando códigos de conducta y directrices para promover el progreso de las mujeres en el sector; establecer mecanismos de financiación para el desarrollo de proyectos sobre las mujeres y los medios de comunicación, complementando el trabajo ya realizado por la sociedad civil; promover campañas de sensibilización y de intercambio de buenas prácticas entre los Estados miembros y sobre los programas de acción positiva en materia de igualdad de

género en el lugar de trabajo en la industria de los medios de comunicación, incluyendo la participación de las mujeres en la toma de decisiones para luchar contra los estereotipos de género y favorecer descripciones realistas y no discriminatorias de las mujeres y los hombres en los medios de comunicación; impulsar el diálogo entre las ONG y las organizaciones profesionales de medios de comunicación para la sensibilización sobre la igualdad de género en el sector; mejorar la recogida y difusión a escala nacional y de la UE de datos estadísticos comparables actualizados regularmente sobre la participación de las mujeres y de los hombres en la toma de decisiones en los medios de comunicación escritos y radiofónicos; y realizar el seguimiento de la presencia de las mujeres en la toma de decisión en los medios de comunicación, utilizando los indicadores citados y promover más investigaciones sobre otros aspectos relacionados con este asunto, como el de la publicidad.

5.6. El progreso de las mujeres y la igualdad de género

Sobre la base del Informe del IEIG, relativo a: los mecanismos institucionales para el progreso en la igualdad de género, que se ocupa de: las definiciones de estos mecanismos, la perspectiva transversal de género, las estadísticas desagregadas por sexo y el enfoque metodológico; los desarrollos de la igualdad de género a nivel institucional y de la perspectiva de género en la UE, en el Consejo de Europa y en la ONU; la aplicación y el desarrollo en los Estados miembros de los indicadores sobre la situación de la responsabilidad gubernamental en la promoción de la igualdad de género, los recursos humanos de los organismos gubernamentales para la igualdad de género y de los organismos designados para la promoción de la igualdad de trato entre mujeres y hombres y para la integración de la perspectiva de género en las restantes políticas; el nuevo indicador sobre la producción y difusión de estadísticas desglosadas por sexo; que termina con unas

conclusiones y recomendaciones dirigidas a los Estados miembros, en el marco de la revisión de la aplicación en éstos de la Plataforma de Acción de Beijing, el Consejo EPSSCO de 09.12.2013 adoptó unas Conclusiones del Consejo sobre la efectividad de los mecanismos institucionales para el progreso de las mujeres y la igualdad de género.

En ellas, considerando: la igualdad entre las mujeres y los hombres como un principio fundamental de la UE, reflejado en los Tratados, y uno de los objetivos de ésta, que se traduce en su proyección transversal en todas sus actividades y la identificación de los mecanismos institucionales para el avance de las mujeres como una de las doce áreas de la Plataforma de Acción de Beijing; el Pacto Europeo para la Igualdad de Género 2012-2020, en el que el Consejo reafirma su compromiso para reforzar la gobernanza mediante la integración de la perspectiva transversal de género en todas las áreas políticas, incluida la acción exterior de la UE, y anima a los Estados miembros y a la Comisión a desarrollar las estadísticas existentes y los indicadores desagregados por sexo; la nueva Estrategia para la Igualdad entre Mujeres y Hombres 2010-2015, en la que la gobernanza y las herramientas de igualdad de género figuraban como una cuestión prioritaria horizontal; las Directivas 2004/113/CE, 2006/54/CE y 2010/41/UE, que obligan a los Estados miembros a establecer organismos para la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo a la igualdad de trato de todas las personas sin discriminación por razón de sexo, así como a prestar asistencia a las víctimas de discriminación, elaborar y publicar informes independientes, e intercambiar información con los organismos europeos competentes tales como el IEIG; el cuerpo legislativo de la UE, que se ocupa de promover el cumplimiento del principio de igualdad de trato de mujeres y hombres en el empleo y en el acceso a los bienes y servicios, y los informes anuales de la Comisión Europea, que ponen de manifiesto el camino por recorrer para alcanzar la igualdad de género en la práctica, según re-

fleja el índice de igualdad de género del IEIG; y recordando el desarrollo por parte de las sucesivas Presidencias, a partir de 1999, de indicadores respecto de las áreas de actuación de la Plataforma de Acción de Beijing, y en concreto, las Conclusiones adoptadas en 2006, en las que el Consejo animó a reforzar los mecanismos institucionales de los Estados miembros y adoptó tres indicadores (estado de la responsabilidad gubernamental en la promoción de la igualdad de género; recursos humanos de los organismos de igualdad de género gubernamentales y de los organismos designados para la promoción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres; y perspectiva transversal de género); y las Conclusiones sobre «Beijing+15: una revisión de progreso», de noviembre de 2009, en las que se subrayó que la perspectiva transversal de género y las actuaciones específicas para promover la igualdad de género se apoyan mutuamente; y que el Comité Consultivo para la Igualdad de Oportunidades de las mujeres y los hombres recomendaba en 2009 garantizar la proyección de la dimensión de género de forma efectiva en el trabajo de las administraciones nacionales; que la información sobre los recursos personales dedicados a esta cuestión en los órganos de igualdad no estaba siempre disponible y que el uso de instrumentos y métodos para aplicar de forma efectiva la integración transversal de la cuestión de género era todavía poco frecuente y no estaba institucionalizado en muchos Estados miembros; que las políticas de igualdad de género eran esenciales para el crecimiento económico, la prosperidad y la competitividad, y que para alcanzar de hecho la igualdad entre mujeres y hombres en todas las áreas políticas se requeriría una gobernanza y aplicación efectivas el Consejo acoge favorablemente el Informe del IEIG sobre el desarrollo de los mecanismos institucionales de los Estados miembros para el progreso de la igualdad de género a partir de 2006, mediante la utilización de los indicadores citados anteriormente y las Conclusiones y Recomendaciones formuladas al efecto, y el nuevo indicador elaborado para las futuras revisiones; reconoce los esfuerzos

de los Estados miembros por reforzar la eficacia de los organismos de igualdad de género gubernamentales, ampliando el ámbito de sus funciones, la implicación de la sociedad civil, en especial la de las organizaciones de mujeres, y estableciendo estructuras para la proyección transversal del género; y toma nota de los resultados de la Conferencia sobre «La igualdad de género de hecho como contribución al logro de los objetivos de la Estrategia Europa 2020: la eficacia de los mecanismos institucionales», celebrada el 13.09.2013, así como del nuevo indicador sobre la producción y difusión de estadísticas desagregadas por sexo, elaborado por el IEIG.

Como conclusión invita a los Estados miembros a: adoptar medidas activas y eficaces para acelerar el logro de la igualdad de género de hecho como condición necesaria para alcanzar el crecimiento económico y la competitividad mediante el funcionamiento eficaz y eficiente de los mecanismos institucionales de igualdad de género; seguir garantizando esta igualdad como una prioridad política y la promoción de la complementariedad entre las políticas de igualdad de género y el trabajo para abordar los casos de discriminación por razón de sexo; fortalecer la eficacia de los organismos gubernamentales de igualdad de género, situándolos en el máximo nivel jerárquico y dotándolos de un mandato adecuado con poderes y competencias para analizar, evaluar e influir en la legislación y las políticas, y con los recursos personales necesarios para cumplir este mandato; garantizar que los organismos de fomento, análisis, supervisión y apoyo de la igualdad de trato de todas las personas sin discriminación por motivos de sexo, en especial los que atienden a varias causas de discriminación, dedican atención y recursos suficientes para combatir este tipo de discriminación y promover la igualdad de trato entre mujeres y hombres; proseguir el fortalecimiento de la eficacia de las políticas de igualdad de género mediante el desarrollo de planes de acción y estrategias nacionales, la fijación de objetivos estratégicos claros y mensurables, la dotación de recursos para

su aplicación, y de indicadores para su seguimiento y evaluación; redoblar los esfuerzos para incorporar la perspectiva transversal de igualdad de género en todas las áreas políticas gubernamentales a través de la implicación y la consulta a todos los ministerios y departamentos, desarrollando herramientas y métodos de fácil aplicación y promoviendo su utilización práctica; establecer o fortalecer las estructuras interministeriales para la integración de la perspectiva de género con implicación de las ONG de mujeres, los interlocutores sociales, las autoridades académicas y otras partes interesadas para mejorar la coordinación, el trabajo en red y la cooperación, y garantizar las sinergias que se puedan producir; concienciar sobre la igualdad de género y los beneficios de la integración de la perspectiva de género, utilizando los conocimientos y los productos del IEIG, y reforzar las competencias profesionales en materia de igualdad de género y de integración de la perspectiva transversal de género entre los funcionarios públicos, incluyendo su formación en esta materia; mejorar la cooperación con las oficinas estadísticas nacionales y de la UE y utilizar plenamente la producción y la difusión de las estadísticas actualizadas regularmente, comparables y fiables, desglosadas por sexo, procedentes del IEIG; y promover su utilización para el establecimiento de objetivos e indicadores en los planes de acción para medir y supervisar el progreso y evaluar la eficacia de las políticas de igualdad de género y de integración de la perspectiva de igualdad de género en el marco de la Estrategia Europa 2020; y poner a disposición de todos los usuarios las estadísticas desglosadas por sexo, garantizando la existencia de publicaciones periódicas o de páginas web, trabajando en colaboración con las oficinas estadísticas nacionales y de la UE; y conjuntamente a los Estados miembros y a la Comisión Europea, a: continuar la supervisión de la eficacia del funcionamiento de los mecanismos institucionales, utilizando los indicadores que se definen en el Anexo I, (situación jerárquica del organismo público de promoción de la igualdad de género en los Estados miembros de la UE;

recursos de personal del organismo público de promoción de igualdad de género y recursos de personal disponibles para los organismos designados de promoción de la igualdad de trato para mujeres y hombres; incorporación de la perspectiva de género; y producción y difusión de estadísticas desglosadas por sexo), desarrollarlos y mejorarlos para garantizar la eficiencia del seguimiento y su comparabili-

dad; y revisar periódicamente el progreso en las áreas de acción identificadas en la Plataforma de Acción de Beijing que ya disponen de indicadores, tener en cuenta los resultados de estas revisiones en el Informe anual de la Comisión sobre el progreso de la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollar indicadores en aquellas áreas que todavía no disponen de ellos.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

La evolución del mercado laboral y de los salarios en Europa durante el año 2015

Evolution of the labour market and salaries in Europe in 2015

MARÍA PROUS LORA*

Bajo el título, «**La Evolución del Mercado Laboral y de los Salarios en Europa en 2015**», la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea, con la supervisión de su Director General, Michel Servoz y del Director de Análisis, Evaluación y Relaciones Exteriores, Georg Fischer, presenta el Informe de la Comisión Europea que muestra el desarrollo anual del empleo en Europa.

El documento, está dividido en dos secciones bien diferenciadas:

Por un lado, se examina el desarrollo del mercado laboral. En este título, se diferencian cuatro puntos fundamentales que deberán tenerse en cuenta para el posterior análisis de los mismos. Estos capítulos explican las condiciones generales de empleo en la zona euro y en la Unión Europea, la reciente evolución del empleo, de los salarios y de los costes laborales durante los últimos años y el perfeccionamiento de las políticas laborales.

Por otro, el documento cuenta con un título dedicado al análisis que trata de examinar tanto la movilidad laboral como el ajuste del mercado laboral en la Unión Europea.

Partiendo de la idea de que la recuperación del mercado laboral ha cobrado fuerza, el Informe de la Comisión resulta fundamental para comprender cómo la pertenencia a la Unión Europea ha favorecido la caída del desempleo de sus Estados Miembros en medio de una más que modesta recuperación económica.

En primer lugar, el Informe contiene un capítulo denominado «Las condiciones generales de empleo en la zona euro y en la Unión Europea», que se centra en explicar la mejora gradual de la economía y del mercado de trabajo que se inició en el segundo semestre de 2013, que continuó a lo largo de 2014 y que se ha mantenido durante el año 2015 con una reducción, moderada pero constante, del desempleo.

Así, por ejemplo, las estadísticas que muestran aquellas personas desempleadas que encuentran trabajo, estadísticas que cayeron de forma radical con el inicio de la crisis, señalan, ahora, una tímida recuperación, aunque los niveles de desempleo a largo plazo sigan manteniéndose en porcentajes históricamente altos.

Para que el lector pueda comprender la situación en la que se encuentra el empleo en la Unión Europea, este capítulo resulta

* Abogada Roca Junyent, S.L.P.

clave en aras de situar de dónde y cómo surge la situación del mercado laboral europeo actual.

En este sentido, tras experimentar dos recesiones en menos de tres años, concretamente entre 2008 y 2011, la economía de la Unión Europea comenzó a experimentar en el segundo trimestre de 2013 una recuperación gradual.

Ese año el desempleo se había incrementado hasta alcanzar unos niveles del 10,9% en la Unión Europea y del 12% en la zona euro. Sin embargo, a finales de 2013, comenzó a estabilizarse y, posteriormente, a disminuir. Desde ese momento, en la Unión Europea, la tasa de desempleo se ha reducido en un 1,2% y en la zona euro en un 0,8%.

Este cambio en la dinámica del desempleo en general ha coincidido, tal y como siempre sucede cuando se producen periodos de crisis, con un crecimiento del Producto Interior Bruto (PIB). Sin embargo, en este caso se ha tratado de una reacción inusualmente rápida ya que el incremento del empleo, normalmente, suele ser una reacción al incremento del PIB pero con un retraso de unos dos trimestres. Por tanto, uno de los primeros hechos que destaca el documento es el mayor aumento del empleo en contraste con el débil crecimiento del PIB.

La explicación a este fenómeno la revela la Comisión basándose en tres premisas:

En primer lugar, a la mejora de las expectativas y de la confianza empresarial, en segundo, a la mejora de los márgenes operativos de los costes laborales y, en tercer lugar, a que la media del número de horas trabajadas se ha incrementado muy poco sin llegar a recuperar los niveles de antes de la crisis.

Aun así, y a pesar de su caída, el desempleo sigue situándose en unos porcentajes muy altos. En el primer trimestre de 2015 se contabilizaron 18 millones de desempleados en la zona euro y 23,8 millones en la Unión Europea. Por tanto, el empleo total se mantie-

ne muy por debajo de su nivel anterior a la crisis.

Como punto final a este esbozo de la situación del empleo en Europa, es importante resaltar que las perspectivas de trabajo se encuentran íntimamente ligadas a las perspectivas de crecimiento económico a medio plazo, que siguen siendo débiles debido al legado que ha dejado la crisis en el continente europeo.

El segundo capítulo, «La reciente evolución del empleo», muestra la situación actual en la que se encuentra el mercado de trabajo en la Unión Europea.

Como se ha indicado anteriormente, entre 2013 y 2014 el empleo se estabilizó en la Unión Europea, el desempleo dejó de subir y, a pesar el pobre entorno macroeconómico, incluso disminuyó en algunos de los países más afectados por la crisis.

Relacionado con lo anterior, el Informe pone de manifiesto cómo en aquellos países más castigados por la crisis en los que se han llevado a cabo importantes reformas laborales, las tasas de empleo se han incrementado considerablemente desde 2014 como respuesta a estas reformas. Ejemplo de lo anterior son países como España o Portugal.

A lo largo de estos dos últimos años, se han producido una serie de cambios en el mercado laboral que deben ser destacados y que están muy relacionados entre sí:

Por un lado, durante la crisis el número de horas que trabajaba un empleado cayó de forma considerable como respuesta a la caída del empleo en general. Este hecho, supuso un incremento de los contratos temporales.

Por otro, y en consonancia con las necesidades de reequilibrio de los países, el empleo se ha trasladado de los sectores primario y secundario, al sector terciario o de los servicios.

La relación entre estos cambios supone un ajuste económico muy importante para los Estados dado que, siendo en el sector servicios

aquel en el que históricamente más contratos temporales se realizan, esto supone una disminución sustancial de los contratos indefinidos.

Otro de los aspectos que destaca este capítulo son las probabilidades de encontrar empleo, dependiendo de la edad de los trabajadores y del tiempo que se han mantenido desocupados.

En este sentido, las estadísticas demuestran que a los jóvenes les está costando mucho más emplearse que a las personas de mediana edad pero, eso sí, teniendo en cuenta que el «envejecimiento» de la población en Europa tiene mucho que ver en este tema.

Por último, y atendiendo a la formación, se indica que los trabajadores poco cualificados han sido, sin duda alguna, los más afectados por la crisis. Esto ha supuesto, entre otras cosas, que la demanda de educación haya aumentado enormemente. Este hecho, que a corto plazo puede tener un efecto negativo en el mercado laboral, será muy positivo a medio y a largo plazo ya que incrementará, dentro de algunos años, la productividad de los Estados Miembros.

El tercer capítulo, denominado «La reciente evolución de los costes salariales y laborales», expone la situación actual de los salarios y los costes en los países de la Unión Europea.

En 2014, tanto en la Unión como en la zona euro, se apreció un descenso de los niveles salariales en todos los países y no solo en aquellos en los que eran necesarias mayores medidas de ajuste.

La explicación a este fenómeno la encontramos en la inactividad general del mercado laboral, en la disminución de la demanda de trabajadores, en el ajuste que han sufrido los salarios del sector público, en las reformas llevadas a cabo en el mercado y en las moderadas expectativas de recuperación económica.

A pesar de ello, a lo largo de este 2015 el consumo ha comenzado a aumentar debido a

una modesta bajada de precios que ha permitido que los hogares hayan mantenido su poder adquisitivo.

Por sectores, el Informe muestra como los salarios han crecido mucho más rápido en el sector servicios que en el resto pero, como ya hemos comentado, debe tenerse en cuenta el reajuste del mercado laboral que ha supuesto una reasignación de la mano de obra hacia este sector.

Comparando los ratios productividad y salario, se puede apreciar como entre 2012 y 2014 ambos han aumentado, sin embargo, sobre todo en aquellos países con tasas más altas de desempleo, la productividad ha crecido mucho más rápido que los salarios.

En cuanto a los costes laborales, estos llevan creciendo de forma moderada desde 2014 debido a la desaceleración de la remuneración individual de los trabajadores y al ya indicado aumento de la productividad. En la zona euro, países como Chipre y Grecia son claros ejemplos de esta caída de los costes asociada a la caída de los salarios. España y Eslovenia, sin embargo, han registrado una disminución de los costes pero asociada a un aumento de la productividad. Al final, esta evolución de los costes se considera un apoyo al reequilibrio gradual de las economías de la zona euro.

Por último, el primer título del Informe contiene un cuarto capítulo denominado «El desarrollo de las políticas» centrado en aquellas reformas que se han llevado a cabo en los Estados Miembros durante los años de la crisis económica para intentar paliar los devastadores efectos de esta en el ámbito laboral.

Centrándonos en estos últimos dos años, se puede apreciar cómo, aunque a partir de 2014 las reformas han disminuido, la necesidad y la mentalidad reformista siguen vigentes en todos los Estados Miembros.

En este sentido, las reformas en el terreno laboral varían mucho de un Estado a otro pero son especialmente importantes en aquellos países en los que se ha tenido que recurrir

a la asistencia financiera durante los años de crisis. Sin embargo, aquellos que no se han visto tan afectados por la debacle económica, comienzan ahora a realizar reformas estructurales con la idea de abordar de una forma más eficiente el mercado laboral.

Aunque existen claras diferencias en las reformas entre los países en relación con el tipo y la gravedad de los problemas que han intentado solventar y de la respuesta política que se ha dado a los mismos, sí existe una progresión general y unitaria en cuanto a las reformas que se han llevado a cabo desde el inicio de la crisis:

Al principio de la misma, esto es entre 2008 y 2009, la acción política se centró en reformas con impacto a corto plazo para así poder amortiguar la crisis sobre el empleo y los ingresos a través de medidas de estímulo fiscal o de la creación de instrumentos políticos que sirvieran para hacer frente al déficit temporal de la demanda agregada.

Posteriormente, a partir de 2010, las restricciones fiscales y la necesidad emergente de abordar los grandes desequilibrios macroeconómicos, condujeron a una serie de países a impulsar estrategias de reforma centradas en la mejora de la capacidad de ajuste de sus mercados de trabajo.

Por último, desde 2012-2013, las prioridades políticas han comenzado a desplazarse hacia la consecución de una mejora en la eficacia de las redes de seguridad social y en la reducción de la presión fiscal sobre el trabajo. Desde ese momento, se ha impulsado la creación de empleo y la protección de los ingresos.

Asimismo, y dado que la crisis ha servido para dejar al descubierto las debilidades estructurales de muchas economías europeas y ha llevado a mostrar grandes divergencias entre los Estados Miembros del sur y los del centro y el norte del continente, la Unión Europea ha establecido una serie de recomendaciones centradas, sobre todo, en la pobreza y la exclusión social, en la fiscalidad laboral, en

la educación o en la activación de políticas de empleo y de salario teniendo en cuenta siempre los problemas específicos de cada país.

Con estas políticas europeas se intenta fortalecer la recuperación de las economías de los Estados Miembros y las instituciones de asistencia social ya que, al final, el retorno hacia el crecimiento en el empleo en todos los países beneficia a toda la población europea.

Después de explicar la situación laboral en la que se encuentran la Unión Europea y la zona euro a través de este primer título del documento elaborado por la Comisión, nos centraremos, ahora, en examinar más detalladamente el capítulo analítico del Informe que versa sobre la «La movilidad laboral y el ajuste del mercado de trabajo en los Estados Miembros».

En este título se evalúan los efectos macroeconómicos de la movilidad laboral y su papel en la adaptación de los países a las crisis económicas. Así, debemos partir de la idea de que las estadísticas indican que cuando un país se adhiere a la Unión Europea, la movilidad laboral del mismo aumenta significativamente.

Para entender la situación en la que nos encontramos en la actualidad, el documento parte de la evolución de la movilidad laboral desde el inicio de la Unión Económica y Monetaria en Europa (UEM).

Con el comienzo de la UEM se debatió y se hizo hincapié en que el relativamente bajo grado de movilidad de los trabajadores entre los países de la Unión Europea sería una debilidad para el organismo que se pretendía crear.

En este sentido, los análisis empíricos de esos años revelaron que en comparación con otras uniones monetarias, en particular con los Estados Unidos, los países europeos que iban a participar en la UEM no mostraban un grado amplio de movilidad de trabajadores.

La explicación a esta mínima cuota de movilidad laboral entre países de la UE, en

comparación con los estados de los Estados Unidos, puede estar relacionada con las diferencias lingüísticas y culturales entre los países europeos, los contextos políticos en gran medida heterogéneos y, en relación con el mercado de trabajo, con las políticas fiscales y sociales. Pero no solo estos factores afectan a la movilidad sino que también lo hacen otros como la incapacidad de mantener en otros países los derechos de asistencia social, la falta de reconocimiento de la cualificación profesional o el acceso a las profesiones reguladas.

En relación a lo anterior, tras llevarse a cabo la UEM las instituciones comenzaron a prestar atención a los flujos de movimiento de trabajadores. Se tomó entonces conciencia de que el reducido espacio para absorber las perturbaciones asimétricas (aquellos problemas económicos que sólo afectan a algunos países) a través de las herramientas de política macroeconómica en una unión monetaria, requería un grado suficiente de movilidad laboral como canal de ajuste alternativo.

Así, los países que se viesen afectados por las citadas perturbaciones de manera prolongada, mantendrían niveles altos de desempleo durante mucho tiempo por lo que para evitar los costes económicos y sociales vinculados a un alto nivel de desempleo, se requeriría bien un grado suficiente de flexibilidad en los salarios, bien una mano de obra lo suficientemente móvil. Estas fueron las conclusiones a las que se llegaron para poder alcanzar un «área monetaria óptima».

Por tanto, se llegó a la conclusión de que en contextos de crisis económicas la movilidad laboral ayudaría a facilitar los ajustes, dado que permitiría una reacción más moderada de las tasas de actividad, y que parte de las diferencias en las tasas de desempleo de los países fueran absorbidas por el movimiento de trabajadores entre los Estados de la Unión Europea.

Sin embargo, aun siendo un método muy positivo y a pesar de ser un canal de ajuste relevante, hay límites a lo que la movilidad

laboral puede lograr en términos de absorción de impactos económicos.

El elemento más positivo que debe destacarse de aquellas regulaciones y doctrinas que se muestran a favor de la movilidad laboral es la capacidad que tiene el movimiento de trabajadores de paliar aquellas situaciones en las que al perpetuarse las perturbaciones en la demanda de trabajo se produce un desempleo continuado que conlleva, además, una gran rigidez en los salarios. En un contexto así, la movilidad permite un menor índice de desempleo y un menor impacto de este tanto en el país de origen del desequilibrio como en el de destino. Además, si a esa movilidad se le añaden unos salarios flexibles, la migración puede resultar beneficiosa gracias a la redistribución de los empleados tanto en los países de origen como en los de destino, ya que en estos últimos, los trabajadores del país destino de la migración, normalmente ven mermado su salario al producirse un aumento en la oferta de trabajo.

Ahora bien, la migración no puede justificarse en los casos de perturbaciones económicas temporales de corta duración ya que en estos casos los estabilizadores automáticos nacionales son suficientes para hacer frente a un desempleo temporal.

Por último, a pesar de todos los efectos positivos ya citados que supone la movilidad laboral, no podemos obviar algunos inconvenientes. Desde el punto de vista del país de origen, la migración de mano de obra cualificada y el fenómeno de la «fuga de cerebros» pueden bajar las tasas de productividad total y el crecimiento del país. Además, las grandes diferencias entre las políticas fiscales y de bienestar entre los estados, supone que se tengan que aplicar planes de redistribución hacia los migrantes a través de los presupuestos públicos. Este hecho afecta a la deuda pública y conllevaría problemas para las generaciones futuras en aquellos casos en los que se produjese una migración a gran escala.

A continuación y tras estudiar la movilidad laboral como canal de ajuste, el análisis se

centra en exponer las tendencias y los hechos consumados que se producen en la Unión Europea con la migración de trabajadores.

En primer lugar, se hace referencia a las tendencias en la movilidad entre países después de la UEM y tras la ampliación de la Unión Europea.

En este sentido, es importante recalcar que la movilidad en la Unión Europea ha aumentado de manera significativa en las últimas dos décadas.

El aumento es particularmente evidente cuando se observan los datos posteriores a la ampliación de la UE. Así, las tasas de movilidad han sido más altas una vez ampliada la Unión Europea y se han mantenido en una tendencia alcista desde mediados de la década de los 2000. Este hecho es, sobre todo, el resultado de flujos migrantes de países de nueva adhesión, principalmente de Europa del Este. Sin embargo, la creciente movilidad no se produce sólo de este a oeste sino que la movilidad entre los países que ya eran miembros de la UE antes de la ampliación de 2004 también muestra una tendencia positiva, aunque moderada, en las últimas dos décadas. Por el contrario, durante el mismo período, la movilidad dentro de los EE.UU. parece estar en una tendencia a la baja, aunque desde un nivel superior.

A pesar del crecimiento de las migraciones laborales, la movilidad entre los Estados miembros de la UE sigue siendo baja en comparación con otras regiones del mundo, sobre todo con los EE.UU. En 2013, solo el 4% de ciudadanos de la Unión Europea en edad de trabajar vivía en un país diferente de la UE de su país de nacimiento. En los EE.UU., sirva de comparación, el 30% de la población en edad de trabajar vive en un estado diferente a su estado natal.

Por otra parte, la movilidad dentro de la Unión Europea también es relativamente baja si se compara con la migración de trabajadores desde fuera de la UE.

Relacionado con lo anterior, existen algunas diferencias destacables en la composición de la población nacida en el extranjero si se comparan los Estados Miembros.

Para empezar, la proporción de población nacida en el extranjero es, en general, más baja en los nuevos Estados Miembros. En 2013, este porcentaje superaba el 12% en 12 de los 15 «antiguos» Estados Miembros, mientras que se situaba por debajo del 12% en los nuevos países.

Por otro lado, en la mayoría de los países la proporción de población nacida fuera de la UE supera el porcentaje de población nacida en otros países de la UE. En este caso, los acontecimientos recientes han hecho que dentro de la propia Unión Europea haya aumentado la movilidad creciendo los flujos migratorios entre los Estados Miembros en comparación con épocas anteriores.

Dentro de esta «migración interna» se observa como los flujos migratorios han sido, en general, más fuertes hacia los «antiguos» Estados Miembros aunque se aprecian diferencias entre las migraciones previas y las posteriores a la crisis económica. España e Irlanda se situaron como los países con mayor impacto migratorio en los años previos a la crisis mientras que estos mismos Estados han registrado un descenso importante de población extranjera en los años de debacle económica.

Así, en varios países de la UE como el Reino Unido, Italia y España, el tráfico migratorio creció de manera exponencial durante los años 90, alcanzó su máximo a mediados de la década de los 2000 y cayó después de la crisis. Incluso, el flujo migratorio pasó de ser positivo a negativo en aquellos países que se vieron fuertemente golpeados por la crisis económica, tales como España, Grecia, Irlanda y Portugal.

A continuación, el Informe de la Comisión muestra datos sobre los flujos migratorios bilaterales entre países europeos para que el lector pueda observar las pautas de la movi-

lidad europea. De este estudio, surgen las siguientes afirmaciones:

Por un lado, se observa que los grandes flujos bilaterales implican, en su mayoría, a grandes países como, por ejemplo, Alemania.

Por otro, los mayores flujos migratorios se dirigen del sur de Europa hacia el norte del continente y de los «nuevos» Estados Miembros a los «antiguos» Estados Miembros.

Además, las estadísticas confirman que aquellos países que se vieron fuertemente afectados por la crisis y por la deuda, como España, Chipre o Irlanda, vieron reducida enormemente la migración hacia sus países. Concretamente, la disminución de la migración se produjo muy rápidamente en países como Irlanda y de manera más paulatina en otros como España.

Asimismo, se observa como algunos países tienen un flujo bilateral migratorio asentado que es de doble sentido, esto es, los trabajadores se trasladan de un país a otro sin importar, en estos casos, otros parámetros como cuál es el Estado grande o el pequeño. Ejemplos de estos casos son la movilidad bilateral que se produce entre Irlanda y Reino Unido o entre Austria y Alemania.

También puede apreciarse cómo existe una gran movilidad laboral entre países vecinos como desde Francia y Países Bajos hacia Bélgica, de Croacia a Eslovenia o de Rumania a Hungría.

Por último, el documento muestra las características de los migrantes demostrando los datos que la mayoría de estos se sitúan en edades comprendidas entre los 20 y los 40 años.

El último punto del documento relativo a estas tendencias en los movimientos de los trabajadores, hace referencia a la movilidad laboral dentro de un mismo Estado. En este sentido, podemos apreciar cómo las crisis económicas tienen un efecto diferencial no solo en los distintos Estados Miembros sino también

en las diferentes regiones de un mismo Estado. Por ello, debemos tener en cuenta que la migración intraestatal desempeña un papel importante en la adaptación de los Estados a las perturbaciones asimétricas (sobre todo después de la unificación monetaria).

En cuanto a los datos numéricos que reflejan esta realidad, en 2013 cerca de cinco veces más trabajadores se trasladaron de una región a otra dentro del mismo país que los que se trasladaron entre dos Estados Miembros de la UE.

En cuanto a los países que cuentan con más traslados intraestatales de trabajadores, destacan los denominados países «grandes» como Francia, Alemania o Reino Unido y algunos otros como Bélgica o Dinamarca.

Comparando los datos que nos ofrece el documento de la Comisión con los datos de otros países, como EE.UU., vemos que las tasas de movilidad intraestatales de la Unión europea, aunque han crecido en los últimos años, aún son muy inferiores.

A continuación, el Informe de la Comisión dedica un punto de este análisis a la explicación de los flujos de movilidad.

En esta sección se estudian aquellos factores que determinan los flujos migratorios bilaterales. Además se intenta responder a preguntas tales como si la pertenencia a la Unión Europea y a la zona euro incrementan los flujos migratorios y si las fluctuaciones económicas afectan a la movilidad laboral bilateral.

Para ello, se utiliza un parámetro denominado «ecuación de gravedad de los flujos migratorios» ya que resulta un método apropiado para analizar los factores que determinan la movilidad laboral bilateral. El término «ecuación de gravedad» o «modelo de gravedad», vocablo económico aplicado ahora a la migración, hace referencia a un tipo de mecanismo empírico que analiza las interacciones económicas entre países.

Estudiando esta «ecuación de gravedad», se observan una serie de evidencias que conviene resaltar:

En primer lugar, cabe destacar que la migración bilateral está íntimamente relacionada con la población de los países pero negativamente relacionada con la distancia entre los mismos.

En segundo, el lenguaje común y la existencia de migraciones pasadas entre algunos países aumentan sus flujos migratorios en la actualidad.

En tercero, se indica que las fluctuaciones económicas, los denominados ciclos económicos, tienen un efecto muy significativo en los flujos migratorios.

En cuarto y último lugar, se constata que si los países pertenecen a la Unión Europea, la movilidad laboral entre ellos es mayor.

Para obtener estas evidencias, las «ecuaciones de gravedad» analizan factores tales como la distancia entre el país de origen y el de destino, el PIB de los países y su relación con las tasas de desempleo, factores históricos que influyen en los flujos migratorios tales como el lenguaje común, la historia o la migración pasada, la adhesión de los Estados a la Unión Europea y a la zona euro, etc. Del análisis surgen también las siguientes observaciones:

El PIB del país de origen y el del país de destino tienen un efecto muy significativo en los flujos migratorios.

También las tasas de desempleo repercuten enormemente en la migración. En este sentido, el incremento de un 1% en la tasa de desempleo del país de destino de los flujos migratorios, hace que la movilidad laboral descienda en un 0,14% cada vez.

Además, como ya se ha comentado, la nueva adhesión de los países a la UE incrementa los flujos migratorios en un 25%.

Por último, la pertenencia de los países a la zona euro afecta, aunque de manera indirecta, a la movilidad laboral entre ellos.

Siguiendo esta línea, la «ecuación de gravedad» se ha utilizado también para estudiar

cómo se ven afectados los «antiguos» Estados Miembros, es decir, los de la Europa de los 15, por los flujos migratorios.

En este sentido, se ha estudiado la movilidad laboral en tres sub periodos distintos: el periodo completo que abarca desde 1992 hasta 2011, el periodo posterior a la unificación económica (1999-2011) y los años de la última crisis económica (2008-2011). De este análisis se han obtenido las siguientes conclusiones:

Del periodo completo, 1992-2011, se extrae que los flujos migratorios entre los 15 se caracterizan porque los países de destino, normalmente, suelen ser aquellos más grandes y más ricos aunque también afectan en este caso las variables de la lengua común o la proximidad.

Del periodo posterior a la UEM, se extrae que tras la unificación el papel de la migración como canal de ajuste cíclico entre los «antiguos» Estados Miembros ha aumentado.

En último lugar, analizando los efectos de la migración en los «antiguos» países en esta época de crisis, se observa cómo los efectos del desempleo han afectado mucho más a los países periféricos del continente que al núcleo central.

Como conclusión, el documento indica que la movilidad laboral entre los países de la UE15 aumentó rápidamente a partir de 2003, y alcanzó su punto máximo en 2008 llegando a superarse el 25 % de la tasa de movilidad alcanzada en la década de los 90. A partir de ahí, cayó entre 2009 y 2010 y empezó a recuperarse en 2011 pero siempre manteniéndose en unos niveles históricamente muy altos durante la crisis.

El siguiente punto que expone el Informe de la Comisión es el relativo al ajuste que supone la movilidad laboral entre países. Esta sección tiene como objetivo analizar el papel de la movilidad laboral como mecanismo de ajuste ante las perturbaciones asimétricas de la demanda laboral.

Como punto de partida, se exponen una serie de hechos que explican la dinámica del mercado laboral con el fin de evaluar las tendencias de la circulación del empleo, la tasa de actividad, la tasa de desempleo, y la movilidad laboral. Además, también se evalúa si las perturbaciones en la demanda de trabajo son en su mayoría comunes a una serie de países o por el contrario se dan en toda la UE.

A continuación, se investiga cómo la movilidad laboral puede afectar a un país tipo de la UE y como esta responde ante las perturbaciones. Este enfoque permite una mejor identificación de la función que asume la movilidad laboral ante los problemas económicos nacionales y también examinar si la movilidad laboral contribuye al ajuste del mercado de trabajo.

Desde un enfoque analítico, y en una unión monetaria, se espera que las perturbaciones económicas causen diferencias en las tasas de empleo y de actividad de los países. Estas diferencias deben eliminarse a través del ajuste de los salarios y de la movilidad geográfica.

En aquellos países en los que se produce un aumento de la demanda de trabajo, los trabajadores desempleados comienzan a emplearse, las horas extraordinarias y los salarios aumentan y, si el aumento de la demanda se mantiene en el tiempo, la productividad también aumentará debido a la afluencia de trabajadores de otras zonas geográficas. En el caso contrario la dinámica será totalmente la inversa.

La idea principal que se extrae de esta sección es que si las perturbaciones asimétricas tienen un efecto permanente sobre el empleo, pero no en las tasas de desempleo ni en las de actividad, el cambio en los niveles de empleo debe ser absorbido por los cambios geográficos de la población en edad de trabajar por lo que la respuesta a este problema es la movilidad laboral que actúa como mecanismo de ajuste.

En relación a lo anterior, resulta fundamental estudiar la contribución de la movilidad laboral al ajuste del mercado de trabajo con hechos consumados. Así, podemos extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, las evidencias sugieren que desde el inicio de la crisis en 2008, la movilidad ha jugado un papel muy importante en el ajuste de los mercados laborales, mucho más que en el pasado. Este resultado se mantiene aunque en los análisis se incluya la evaluación de los salarios.

En segundo término, se muestra cómo la unión monetaria ha facilitado la movilidad laboral ajustando así el mercado de trabajo.

En tercer lugar, se observa como las perturbaciones en la demanda de trabajo son más persistentes en los países de la Europa continental que en Irlanda o Reino Unido países estos que, por otro lado, responden muy rápidamente a los desajustes mediante la movilidad laboral.

Como punto final al Informe de la Comisión Europea se exponen las conclusiones a las que se han llegado tras la elaboración del documento.

Así, se muestra como los flujos de movilidad entre los países de la UE siguen siendo muy inferiores a los registrados en otras áreas económicas, sobre todo en comparación con Estados Unidos, y se encuentran muy por debajo de la movilidad intraestatal de este país. La población de inmigrantes procedentes de dentro de la UE también es generalmente mucho menor que la población de inmigrantes procedentes de fuera de la UE. Sin embargo, se observa una tendencia al alza en la movilidad de la Unión Europea.

El análisis de los flujos migratorios bilaterales por medio de las «ecuaciones de gravedad» muestra que los flujos migratorios se ven afectados por las diferencias de las tasas de desempleo entre el país de origen y el de destino, además de las variables tradicionales

como la distancia entre los países, la existencia de un lenguaje común, la historia colonial y la medida de la migración pasado.

Por otro lado, la adhesión a la UE también aumenta la migración mutua entre los países pertenecientes a la misma. Sin embargo, la pertenencia a la eurozona no parece aumentar la movilidad de manera directa aunque sí lo hace indirectamente.

Asimismo, las «ecuaciones de gravedad» también revelan que la movilidad laboral fluye entre los quince países que eran miembros de la UE antes de 2004 y que ésta ha aumentado desde mediados de la década de 2000. Así, los datos sugieren que el aumento de los flujos de movilidad dentro de la UE no son debidos sólo a la ampliación o a la creciente heterogeneidad de los países de la UE, sino que también surge de una profundización gradual en la integración en el mercado laboral.

En otro orden de cosas, el análisis de la respuesta de los flujos migratorios a los problemas de empleo confirma que en Europa la movilidad laboral absorbe las perturbaciones en la demanda de empleo en un 25% a corto plazo y en un 50% a largo plazo.

Para continuar, la movilidad laboral también afecta los salarios dado que esta supone un mecanismo de ajuste que ayuda a que estos se regulen.

En general, las conclusiones a las que llega el Informe indican que aunque la magnitud de los flujos de movilidad en la Unión Europea se mantienen, hoy en día, por debajo de lo que cabría esperar en una unión monetaria completamente integrada, sí puede apreciarse como la movilidad laboral tiene una gran capacidad de respuesta ante las perturbaciones asimétricas en la demanda de trabajo que, además, han aumentado con el tiempo.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

V. Recensiones y Bibliografía

Recensión

LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES. EXPERIENCIAS DE GESTIÓN EN LAS EMPRESAS MULTINACIONALES ESPAÑOLAS

AUTORES VARIOS

Madrid, Cinca, 2015, 209 páginas

1. Las experiencias de la llamada *Responsabilidad Social Corporativa* (RSC) o *Responsabilidad Social Empresarial* (RSE) se han ido extendiendo en los últimos decenios de manera espectacular, a las que la doctrina ha dado respuesta prestándoles igualmente una atención creciente. Bastaría para confirmarlo la aparición del gran libro coordinado por la profesora Lourdes López Cumbre, en la Universidad de Cantabria, bajo el título de *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, editado por Comares en el año 2012, recogiendo las investigaciones realizadas en el marco de un Proyecto I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación. A lo largo de sus 1.341 páginas se daba paso a las opiniones de cuarenta y siete laboristas, expresándolas en solitario o en colaboración con algún otro compañero.

Arropaban la obra un *Estudio Preliminar* de Ramón Jaúregui Atonto (pp. 3-13) y un *Estudio Final* de Luis Enrique de la Villa Gil (pp. 1303-1318), decididamente escépticos los dos, cada uno en su particular estilo ... «*estamos obligados a preguntarnos si lo que siempre temimos, es decir, la banalización técnica de la RSE o, dicho de otra manera, la conversión de una idea luminosa y cargada de componentes éticos y políticos, fuera a convertirse en una técnica de gestión del marketing empresarial,*

al servicio únicamente de la reputación corporativa de las compañías. No hay una respuesta rotunda a esta provocadora y simplificada disyuntiva» (pág. 3) ... «*la causa que lleve a la empresa a contraer una responsabilidad social, no exigida por norma imperativa, opone dificultades a su determinación casuística pero, simplificando los supuestos relevantes, permite contraponer un fin altruista –para favorecer el desarrollo de la comunidad– a un fin egoísta –winn for winn–, buscando contraprestaciones traducidas en ventajas ... No solo por intuición, sino por observación de la realidad circundante, esta segunda motivación se antoja más creíble que la primera, aunque esta impresión negativa suele aparecer velada por una retórica envolvente, tan interesada como el producto escondido bajo la misma»* (pág. 1304) ...

2. Otro proyecto posterior de investigación universitaria, en esta ocasión pilotado por la Universidad de Salamanca y por algunas otras Universidades y Centros Investigadores, ha producido dos importantes libros entre 2014 y 2015, publicados ambos por la editorial Cinca, de contenido propicio para ofrecer aquí un resumen de los mismos, particularmente del segundo. El inicial (2014) se tituló *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, a cargo del mismo equipo de investigadores que suscribe el libro que ahora se recensiona, que ha sido el segundo en aparecer y que se configura como una continuación del primero, para examinar los alcances y las implicaciones del proceso de construcción de instrumentos de gestión laboral transnacional que han puesto en marcha un elevado número de empresas españolas, paralelamente a su expansión internacional.

En la *Presentación* del libro, el Profesor Wilfredo Sanguinetti Raymond, en su condición de

Director del mismo, pone de relieve como las empresas multinacionales españolas han dado lugar, cuando menos, a seis fórmulas distintas de ordenación laboral de alcance o aplicación transversal, susceptibles de ser aplicadas a todos los trabajadores que prestan servicios a las empresas que componen los grupos de sociedades y las redes de colaboradores que forman sus cadenas de valor, sin importar el lugar en el que se encuentren situadas. El catálogo incluye desde normas internas de empresa o cláusulas de convenios colectivos nacionales reguladoras de la movilidad geográfica internacional y códigos de comportamiento ético para directivos y trabajadores, pasando por acuerdos marco internacionales suscritos con organizaciones sindicales de ámbito global y fórmulas *ad hoc* de interlocución sindical en el plano internacional, hasta llegar a códigos de conducta y sistemas de verificación del desempeño laboral aplicables a sus proveedores y contratistas. Insiste el Director de la obra en que hasta el presente no se había visualizado sino iniciativas aisladas, de modo que la aportación de este libro consiste en poner de relieve la emergencia de un auténtico proceso de construcción de reglas de alcance transnacional por parte de las empresas españolas con presencia en el exterior, destinado a ofrecer respuestas creativas inspiradas en la aplicación de los estándares internacionalmente aceptados en materia de condiciones laborales, frente a los requerimientos exigidos por la internacionalización de sus actividades.

Componen el libro doce estudios –distribuidos en cinco partes diferenciadas– que prestan atención a manifestaciones emblemáticas del proceso que se describe, así como algunas experiencias relevantes, siempre a cargo de aquellas empresas españolas que han adquirido una posición de liderazgo dentro de los respectivos sectores económicos. Dichas grandes partes que vertebran la obra son éstos:

I. La transnacionalización de las relaciones laborales, problema y posibilidad.

II. Fórmulas unilaterales de gestión.

III. Despliegue transnacional del sindicato y de la autonomía colectiva.

IV. Control global de la cadena de suministro y

V. Experiencias comparadas.

Cada una de estas cinco partes diferenciadas comprende dos estudios, salvo la parte IV que duplica ese número, integrando por tanto un total de los doce que se resumen brevemente a continuación.

3. Bajo el título de *Transnacionalización de las relaciones laborales* (parte I), se incluyen los estudios de los profesores Wilfredo Sanguinetti Raymond y Agustín García Laso.

El profesor Sanguinetti, Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca, dedica su estudio a los *Instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales, una realidad poliédrica aún en construcción* (págs. 15-29). Comienza el autor aclarando que el funcionamiento integrado de los mercados y la transnacionalización de los intercambios comerciales no traen consigo la derogación de las normas que tradicionalmente han venido disciplinando los fenómenos de orden económico a nivel estatal y, entre ellas, las que integran el bloque regulador de las relaciones de trabajo, lo que es compatible, evidentemente, con la superación de las fronteras nacionales en las que se circunscribe su aplicación para operar en la práctica en un espacio no sujeto a reglas o, en todo caso, inmune al control político de los estados nacionales. Sin que, por otro lado, los Convenios de la OIT que, en principio, deberían cumplir esa función, se encuentren en condiciones de remediarlo, en la medida en que además de tener como destinatarios a los Estados nacionales debilitados por la globalización, y no a los sujetos económicos fortalecidos por ella, ven condicionada su eficacia por la existencia o inexistencia del acto formal de ratificación. Se produce de ese modo con frecuencia un vacío de Derecho por la inadecuación de los instrumentos normativos na-

cionales e internacionales, sin expectativas de otros alternativos. De ahí que sean las empresas multinacionales que operan en el espacio global las que asumen la creación de nuevos y autónomos instrumentos a la medida de sus necesidades internas de regulación y bajo la presión de la sociedad civil.

El conjunto de esos instrumentos de nuevo cuño es el que empieza a constituir el Derecho Transnacional de las Relaciones de Trabajo, dotado de regulaciones transversales respecto de los ordenamientos estatales, y cuya efectividad se basa esencialmente en los mecanismos de mercado. El estudio se ocupa, seguidamente, de la «geometría variable de una praxis reguladora en constante evolución», para sistematizar los criterios que presiden la construcción de los nuevos instrumentos, diferenciando las materias objeto de regulación, su ámbito funcional de actuación, los procedimientos elegidos para su adopción, su grado de exigibilidad y los mecanismos previstos para la verificación de su cumplimiento. Expuestos todos ellos separada y detalladamente, pasa a señalarse la «difícil cuadratura del círculo», una vez que a instrumentos *soft*, se les confía la tarea de desplegar efectos *hard* para terceros, desproporción que no puede sino provocar profundos interrogantes e incertidumbres derivadas de la sorprendente capacidad reguladora transnacional que las empresas multinacionales han terminado por atribuirse ante el vacío de gobernanza a nivel global.

El profesor García Laso, Titular de Economía Aplicada en la Universidad de Salamanca, se ocupa de los *Retos y límites de la responsabilidad social corporativa, una aproximación económica sobre la dimensión laboral* (págs. 31-48), contemplando sucesivamente la RSC en su contexto económico, los ámbitos y los límites de la misma y las relaciones entre esas técnicas y las empresas multinacionales españolas. Las conclusiones de un esfuerzo destinado a analizar la RSC desde una perspectiva económica ponen de relieve el potencial que el desarrollo de semejantes ac-

ciones pueden ejercer tanto para los resultados de las empresas como para la sociedad en su conjunto, puesto que la RSC tiene especial incidencia en los mercados competitivos. Lo que se traduce en ofrecer a las empresas que actúan en los mismos ventajas competitivas, acceso a nuevos mercados y compromisos con las sociedades en las que mantienen líneas de producción independientemente del peso que estas representen sobre la cuota de ventas.

La RSC se configura, pues, como una institución de «buena calidad», en cuanto que inducen conductas socialmente deseables de parte de los agentes económicos. Proporcionan un valor añadido a la empresa y la hacen diferenciable, adquiriendo mayor vigor sin embargo cuando llevan a cabo, de forma efectiva, el sistema de verificación propuesto por la OIT y la OCDE.

4. Bajo el título de *Fórmulas unilaterales de gestión* (parte II), se incluyen los estudios de los profesores Amparo M. Molina Martín y Rosa María Morato García.

La profesora Molina Martín, Contrata-Doctora de Derecho del Trabajo en la Universidad de Granada, estudia la *Política de movilidad global en el grupo Telefónica, una experiencia consolidada* (págs. 51-65), delimitando su investigación al aspecto laboral de la movilidad global en un grupo empresarial determinado, no elegido desde luego al azar, sino por ser el grupo que ocupa el primer puesto en el *ranking* mundial de las empresas multinacionales españolas no financieras, y pionero además en acceder al mismo en el año 1998. Respecto de esta valiosa experiencia, el estudio trata sucesivamente del ámbito de aplicación de la misma, con sus opciones de desarrollo Corto Plazo, Global Corto Plazo, Global Largo Plazo y Contratación Local Internacional, bien distintas evidentemente en su respectivo régimen jurídico y en sus especificidades.

Particular interés presenta el llamado «desarrollo-ejecución», en los aspectos de las percepciones económicas de toda naturaleza,

de beneficios adicionales, de condiciones de trabajo, de protección social y, también, de conciliación de la vida laboral, familiar y personal, un aspecto de acentuadísima relevancia en estas experiencias de movilidad geográfica. La autora del estudio no duda en la valoración positiva de la experiencia pilotada por el Grupo Telefónica, pero no silencia sus reservas frente al excesivo «unilateralismo empresarial» que cierra el paso a la participación de los trabajadores y de sus representantes. De manera que la apertura a la negociación colectiva con éstos, permitiría probablemente aliviar los desequilibrios e inconcreciones observadas, traducidas en desigualdades o segmentaciones sin justificación razonable.

La profesora Morato García, Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca, se ocupa de la *Aplicación transnacional de los códigos de conducta del sector financiero y asegurador; los casos de Mapfre, BBVA y Banco de Santander* (págs. 67-81), advirtiendo de comienzo que, en general, las empresas más representativas del sector financiero y asegurador español se han mostrado muy activas en el terreno de la RSE. Al tratarse de un conjunto de experiencias independientes, la autora de la investigación diferencia cada una de ellas por separado, aludiendo a los rasgos formales de los tres códigos de conducta de Mapfre, BBVA y Banco de Santander. Distinción que se proyecta lógicamente a los contenidos de los mismos, disgregando las pautas de comportamiento ético y profesional y los compromisos socialmente responsables respecto de los empleados de cada grupo. Para finalizar con el examen del cumplimiento de los códigos, de los sistemas de seguimiento y de los canales de las denuncias.

Entiende la autora, con carácter extensivo a todos los casos analizados, que esos códigos de conducta se emplean a modo de carta de presentación de las empresas, con el fin de favorecer, entre otros aspectos, su imagen pública. Junto a ello, objetivo prioritario de estas experiencias es lograr que los empleados asuman los criterios y valores de la cultura empresarial, lo que desequilibra su posición

desde la perspectiva de sus derechos laborales. Los códigos son pues instrumentos al servicio de las direcciones respectivas en orden a trasladar a los trabajadores la política empresarial, descuidando el objetivo de la mayor efectividad de los derechos laborales. Las tres empresas mantienen una actitud hermética con sus trabajadores, a los que se les exige respetar los principios éticos definidos por aquellas, sin posibilitar una cooperación efectiva que les involucre efectivamente en el diseño, aplicación y control de las prácticas de RSC.

5. Bajo el título de *Despliegue transnacional del sindicato y la autonomía colectiva* (parte III), se incluyen los estudios de los profesores Juan Bautista Vivero Serrano y José A. Soler Arrebola.

El profesor Vivero Serrano, Titular de Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca, estudia la *Formación de redes sindicales en las empresas multinacionales españolas, los casos de Repsol y Telefónica* (págs. 85-96), a partir de la afirmación de la escasa existencia de redes sindicales en las empresas multinacionales españolas, en relación con el ejemplo de otros países del entorno más cercano. Lo mismo hay que decir de la modesta presencia de acuerdos marco internacionales suscritos por ellas, por lo que bien puede hablarse de un fenómeno incipiente y en construcción. No se duda al reconocer el mayor desarrollo a las redes sindicales de Repsol y de Telefónica, a considerable distancia por su desarrollo u estabilidad, de las que se localizan en Prosegur, BBVA, Santander, Gas Natural Fenosa y Endesa, respondiendo todas ellas al modelo típico de los consejos mundiales, bajo el paraguas de la macrofederación sindical internacional UNI Global Union, constituyendo un caso de enorme interés, pese a la inexistencia de una verdadera red sindical, el caso de Inditex, por la implicación de numerosos sindicatos locales y nacionales en la aplicación del Protocolo para concretar la participación sindical en el fortalecimiento del acuerdo marco en la cadena de producción.

Volviendo a los dos ejemplos más relevantes, la red sindical de Repsol es una red internacional limitada a Latinoamérica y a España y está integrada por los sindicatos sectoriales de energía o petróleo/gas más representativos conforme a la legislación de cada país si la hubiera, recurriéndose en caso contrario al mutuo reconocimiento de los mismos sindicatos. Más que otra cosa, esta red es una plataforma de intercambio de información sobre la situación de las relaciones laborales de los trabajadores del grupo Repsol en cada país representado en la red, y de generación si acaso de un clima de confianza intersindical. Lo que no es de momento la red es un verdadero interlocutor del empresario multinacional, que sigue siendo un simple objetivo desde el año 2006. Por lo que toca a la Alianza Uni Telefónica, no se encuentra siquiera a la altura de la red de Repsol, no solo por la escasa publicidad acerca de su funcionamiento, sino por la misma inexistencia de una regulación interna. Las carencias de la red sindical de Repsol se profundizan en este caso, tanto respecto de las frecuentes ausencias de los sindicatos nacionales a las reuniones anuales, como respecto de la escasez de los representantes de los trabajadores en los lugares de trabajo y consiguiente predominio de los cuadros sindicales, cuanto a la falta de consideración formal de las empresas contratistas y proveedoras. Por ello no puede extrañar que la Alianza Uni Telefónica se conforme con ser una simple plataforma de intercambio informativo.

El profesor Soler Arrebola, Titular de Derecho del Trabajo en la Universidad de Almería, trata de las *Nuevas tendencias en los acuerdos marco internacionales, el acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh* (págs. 97-114). La aparición y expansión de los Acuerdos Marco Internacionales (AMI) se explica por un conjunto de causas entre las que se cuentan la inacción de los Estados, la ausencia de intervención eficaz de los organismos internacionales, la carencia de normativa suficiente o, incluso, el incumplimiento de la establecida y, también, la inaplicación de los derechos fun-

damentales básicos. Estos AMI son instrumentos negociados entre una empresa multinacional y un número variable de sindicatos de ámbito mundial, para fijar en ellos unos estándares mínimos de condiciones básicamente laborales –con frecuente remisión a Convenios de la OIT, ratificados o no por el Estado a la que la empresa multinacional pertenece–, de modo que las partes signatarias se comprometen a cumplirlos en todos los países en los que la empresa opera, incluso en las empresas subcontratistas o proveedoras de las mismas.

Tras la categorización expuesta, el autor dedica su estudio a la presentación y comentario del Acuerdo sobre la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh, un país con una alta densidad de población, pues sus 160 millones de habitantes se asientan en un territorio de 147.750 km², una tercera parte de España, con un salario mínimo de unos 60\$/mes, es decir, 2 \$/día. Un acicate para la firma del Acuerdo fue la tragedia de Rana Plaza, en la industria de la confección, del 24 de abril de 2013, con cerca de 1.150 muertos y más de 2.000 heridos, cuando se derrumbó edificio que albergaba varias fábricas textiles encima de un supermercado. De ahí que la principal finalidad del Acuerdo sea la de aumentar la seguridad de esta industria, mediante la prevención de incendios. Una de las características más peculiares del Acuerdo es que junto y por encima de la actuación de los organismos internos creados por él, cabe la posibilidad de acudir a una instancia arbitral ajena a los firmantes, de modo que su laudo sea definitivo y vinculante, bajo la aplicación de los principios de la Convención de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Esa garantía se refuerza además aplicando a la selección de los árbitros, al procedimiento y a la ejecución del laudo, la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985, modificada en el año 2006.

6. Bajo el título de *Control global de la cadena de suministro* (parte IV), se incluyen los

trabajos de los profesores Isidor Boix Luch, Emre Eren Korkmaz, Miguel Ángel Almen-dros González y el que firman en colaboración Wilfredo Sanguinetti Raymond, María Katia García Landaburu y Milagros Vivas Ponce.

El Sr. Boix Luch, Coordinador de IndustriALL Global Union para la aplicación del Acuerdo Marco con Inditex, estudia la *Intervención sindical en la cadena de valor de las empresas multinacionales para una eficaz aplicación de los compromisos de la responsabilidad social empresarial, la experiencia de Inditex* (págs. 117-128). Explica el autor que fue también la tragedia de la Rana Plaza de Bangladesh la que propició que varias marcas mundiales de la industria de la moda, con varios sindicatos del mismo sector y del sector servicios, firmasen un acuerdo inicial al que fueron adhiriéndose otras muchas hasta alcanzar el número de 192, desde luego encaminado a reforzar la seguridad, pero también aprovechado para la constitución de un Fondo de Solidaridad para indemnizar a las posibles víctimas, aunque la cuantía del mismo no ha sido hasta ahora tan considerable como se esperaba.

A juicio del autor esta iniciativa marca el comienzo de una nueva etapa, sobre todo para la concreción de la intervención de los sindicatos en todas las acciones de RSE, traducida en la firma de acuerdos marco globales en los que se establezcan las formas y los derechos de los sindicatos en la definición de los compromisos adquiridos por las empresas y, sobre todo, en el estadio posterior de su seguimiento y vigilancia de respeto a lo pactado. Con un papel importante, asimismo, en los aspectos preventivos, actuando corresponsablemente para evitar o reducir el número de siniestros.

El Profesor Korkmaz, Ayudante de Investigación de Relaciones Internacionales en la Universidad de Estambul, titula su trabajo –totalmente escrito en inglés– *The Inditex International Framework Agreement coinciding interests, the turkish case* (págs. 129-145). Tras una introducción dirigida a situar en un marco negociador a los principales prota-

gonistas –la *Global Union Federations* y la *Transnational Corporations*–, describiendo sus políticas y estrategias, se pasa al análisis del Inditex IFA (*International Framework Agreements*), un importante estadio para el movimiento sindical globalizado. Lo más interesante del estudio es el análisis numérico del Inditex IFA, comparando datos de los años 2012 y 2013, acreditativo del crecimiento de las empresas afectadas (6.340 frente a 6.009) y el mucho más leve de los mercados comerciales afectados (87 frente a 86), disminuyendo contrariamente, con una lógica disminución de las aperturas netas (331 frente a 482). El crecimiento también se ha manifestado en el número de trabajadores afectados (128.313 frente a 120.314), distribuidoras (1592 frente a 1.490), inversiones sociales en programas (23 frente a 21 millones de euros), facturación (16.724 frente a 15.946 billones de euros), resultados netos (2.382 frente a 2.367 billones de euros).

Tras facilitar datos detallados de Inditex-CSR (*Corporate Social Responsibility*) en Turquía, se concluye afirmando la importancia de la existencia y de la conveniente expansión de todas estas iniciativas de responsabilidad social a cargo de empresas multinacionales, ofreciendo como cita de autoridad la opinión de Guy Ryder, el Secretario General de la Confederación Internacional de Sindicatos Libres ... *democracy comes from the involvement of the people, not the good intentions of the elite (...)* corporate social responsibility is useful to the extent that it provides the space for workers to protect their own interests and it is damaging to the extent that it tries to fill that space» ... El autor completa su análisis con la aportación de una amplia y selecta bibliografía anglosajona.

La colaboración del profesor Sanguinetti con las profesoras de Derecho del Trabajo, de la Universidad Católica del Perú, García Landaburu y Vivas Ponce, trata de *Una experiencia exitosa de defensa internacional de los derechos sindicales, el caso Topy Top* (págs. 147-161). Se refieren los autores a un conflicto surgida en la textil peruana Topy

Top, S.A., una empresa comercialmente vinculada con varias multinacionales de la moda con marcas muy reconocidas a nivel mundial, tales Gap Inc (cuyas marcas relevantes son Gap, Banana Republic, Old Navy, Piperlime, Athleta e Intermix) y Inditex S.A., de Amancio Ortega, con marcas reconocidas (Zara, Pull&Bear, Massimo Dutti, Bershka, Stradivarius, Oysho, Zara Home y Uterqüe), actuó con prácticas antisindicales una vez que sus trabajadores tomaron la decisión de constituir un sindicato.

Existía la expectativa de una interminable aventura judicial hasta que con la intervención de sindicatos extranjeros se sugirió la aplicación de sus códigos de conducta, con la sorpresa de cerrar un acuerdo en apenas tres días. El estudio es pues una exposición sumamente detallada de esta experiencia.

El profesor Almendros González, Titular de Derecho del Trabajo en la Universidad de Granada, trabaja sobre el *Sistema de gestión y control de las prácticas laborales en la cadena de suministros Repsol* (págs. 163-178). Afirma el autor que este sistema de gestión y control del desempeño laboral de proveedores y contratistas de Repsol es eminentemente empresarial, en la medida en que son determinados y aplicados unilateralmente por la compañía con poca participación sindical que, desde luego, sería conveniente incrementar. Se vale para ello la compañía de fijación de estándares laborales mínimos a través de cláusulas contractuales introducidas en los contratos de compra y suministros y en las contrataciones de servicios, Código de Ética y Conducta de Proveedores elaborado por Repsol para extender la RSE a la cadena de suministros, procedimientos de calificación, cuestionarios previos, auditorías de calificación, auditorías sociales, evaluaciones de desempeño, establecimiento de canales de comunicación donde se pueden presentar quejas y denuncias por incumplimiento, etc.

7. Finalmente, bajo el título de *Experiencias comparadas* (parte V), se incluyen los tra-

bajos de los profesores Fabrizio Bano y Alberto Valenti, por un lado, y de Ana Lambelho por otro.

Los profesores Bano, Asociado de Derecho del Trabajo, y Valenti, Doctor en Derecho del Trabajo, ambos de la Universidad de Sassari, exponen el *Acuerdo marco global de ENEL, una multinacional italiana del sector de la energía* (págs. 181-198). Explican los autores que la denominación de AMG, Acuerdo Marco Global, corresponde a la de IFA o *International Framework Agreement* o Acuerdo Marco Internacional, puesto que tienen dos características en común: la referencia a los convenios de la OIT y los procedimientos de aplicación y seguimiento confiados a la gestión conjunta patronal-sindical, con la creación de órganos *ad hoc* (WWC).

En ambos casos se trata de la celebración de un acuerdo entre una empresa multinacional y una o más federaciones sindicales globales (GUF o *Global Union Federation*), con el fin de regular las relaciones entre las partes y asegurar el cumplimiento por la empresa o el grupo de empresas de las mismas normas sociales en todos los países en los que aquellas operan. En puridad no se trata de acuerdos de RSE, aunque son una de las modalidades con las que las empresas multinacionales se comprometen a respetar algunos principios. Derivan de experiencias pretéritas de RSE de las que se diferencian por no tratarse de compromisos unilaterales, sino acordados bilateralmente. A partir de estas consideraciones introductorias los autores del estudio se adentran en la experiencia del AMG ENEL, firmado el 14 de junio de 2013, como primer acuerdo entre el grupo empresarial y las organizaciones sindicales italianas sectoriales de CGIL, CISL, UIL y PSI o *Public Services International*, para operar a niveles nacional, europeo y global, porque además de Italia y la Unión Europea están involucradas también Rusia y América Latina, por ser las áreas en las que opera el grupo ENEL. Pese a sus limitaciones, los autores concluyen que este acuerdo, correspondiente a la categoría de los acuerdos

transnacionales o TFA, es un instrumento *soft law* significativo para conseguir espacios de paz social que no se consiguen generalmente a través de los cauces del derecho estatal *hard*.

La profesora Lambelho Costa, Titular de Derecho del Trabajo en el Instituto Politécnico de Leiria, titula su trabajo –totalmente escrito en portugués– *O código de conduta de responsabilidade social da Portugal Telecom* (págs. 199-209). Concluye que se trata de un instrumento todavía no excesivamente desarrollado, pese a lo cual hay que concederle gran importancia al tratarse de un marco significativo de negociación colectiva internacional en Portugal en cuanto primer y único acuerdo de este tipo. En cuanto a su contenido es evidentemente modesto, al no pasar de afirmar el respeto a los derechos fundamentales de trabajo incluidos en el Código de ética de la multinacional portuguesa, en los principios del Pacto Global de las Naciones Unidas, en las Recomendaciones de la OIT y en el Código de Buenas Prácticas para la incorporación de las mujeres al sector de las telecomunicaciones.

8. Del conjunto de estos doce trabajos, suscritos por los quince docentes, investigadores y ejecutivos nominativamente citados, se desprende –como el propio Director de la obra reconoce en la *Presentación* a la misma– un panorama desigual y complejo, del que se extraen, en distintas dosis según los casos, elementos de juicio que contribuyen a sostener una visión optimista sobre la utilidad actual futura de los elementos analizados, a la vez que limitaciones, carencias e incluso contradicciones que permiten albergar dudas fundadas sobre dicha utilidad.

Son, por un lado –conforme a las palabras del profesor Sanguinetti– herramientas dota-

das de una efectiva capacidad de incidencia o impacto sobre sus destinatarios, con aptitud para favorecer una gestión de las relaciones laborales al interior de las cadenas de producción de los grupos multinacionales españoles, capaz de conciliar las exigencias de la eficiencia y competitividad con el respeto a los estándares universalmente aceptados en materia laboral. Pero, por otro lado, afloran numerosos aspectos necesitados de mejoras efectivas, particularmente en lo que se refiere a la participación de los destinatarios en su diseño y aplicación, así como a la transparencia en la gestión de la información. Sin olvidar los indicios de una no siempre fácil convivencia entre los objetivos sociales que a través de ellos se declara perseguir y el desenvolvimiento de los procesos de negocio de las empresas que los formulan.

En todo caso, estamos en presencia de un proyecto investigador al que no se le puede negar originalidad e innovación, adscrito en sus resultados al creciente interés de la doctrina española por el fenómeno de la transnacionalización de las relaciones laborales, un esfuerzo colectivo en el que ineludiblemente habrá que catalogar, por su calidad indiscutible, la obra del profesor Antonio Ojeda sobre el *Derecho Transnacional del Trabajo* (Tirant lo Blanch, 2013), caracterizado por él como el Derecho que implica una mirada horizontal a las instituciones mundiales, algo muy distinto a internacional como sinónimo de inter-estatal, en cuanto que el protagonismo se desplaza, en buena medida, de los gobiernos a las empresas multinacionales.

SONSOLES DE LA VILLA DE LA SERNA
Abogada

Bibliografía

ÍNDICE DE ARTÍCULOS SOBRE DERECHO SOCIAL COMUNITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO PUBLICADOS EN REVISTAS CIENTÍFICAS EN 2015*

PINTOS SANTIAGO, J., «El constitucionalismo Económico en la Unión Europea frente a la defensa de los derechos fundamentales en el Tratado de Lisboa», *Actualidad Administrativa*, núm. 1, Enero 2015, Tomo 2, Editorial La Ley.

El autor parte del análisis del carácter exclusivamente económico de la Comunidad Europea para exponer su evolución y traslación al acervo comunitario en lo que constituye el «constitucionalismo económico» de la Unión Europea. Este claro sesgo económico ha de conciliarse con los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, así como con los principios generales del Derecho comunitario, pues todos ellos conforman un verdadero sistema constitucional. Buena parte del artículo se dedica a examinar el papel capital desempeñado por el TJUE para integrar ambos ejes del proceso de integración europea. Del mismo modo, se examina la función democratizadora desempeñada por el Parlamento europeo y la iniciativa ciudadana.

JIMÉNEZ BLANCO, P., «Derecho de residencia en la Unión Europea y turismo social», *La Ley Unión Europea*, núm. 22, año III, Enero 2015.

La STJUE de 11 de noviembre de 2014 (asunto C-333/13, Elisabeta Dano, Florin

Dano y Jobcenter Leipzig) vuelve a plantear el problema del acceso a las prestaciones sociales del Estado de acogida por parte de los ciudadanos de la Unión Europea. No obstante, detrás de esta circunstancia se encuentra el limitado derecho de residencia de los ciudadanos europeos, máxime cuando no son económicamente activos y carecen de recursos económicos. En estos casos, la ciudadanía europea del art. 20 TFUE o legitima una residencia en el Estado de acogida cuando el objetivo es obtener beneficios que constituyen lo que se ha dado en denominar «turismo social».

RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M., «La inadmisión del recurso de amparo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Diario La Ley*, núm. 8503, 18 de marzo de 2015.

La reforma de la LOTC introducida por la Ley 6/2007, ha traído como consecuencia un cambio en la regulación del trámite de inadmisión del recurso de amparo. Esta nueva regulación implica que la demanda incluya la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo que, a su vez, constituye un requisito sustancial para la admisibilidad del propio recurso. El origen de la reforma ha estado en la sobrecarga del trabajo del Tribunal Constitucional, que ha aplicado rigurosamente la exigencia del requisito for-

* Elaborado por MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ, Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

mal de la demanda y ha tratado de describir la noción de «especial trascendencia constitucional». De este modo se ha restringido la posibilidad de acceso al amparo y de obtención de una resolución de fondo por parte del Tribunal Constitucional.

Más allá, esta reforma ha generado dudas y críticas, también en relación con su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estas dudas han quedado resueltas por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos «Arribas Antón», de 20 de enero de 2015. En este trabajo se examina la problemática de la reforma y se dedica una atención especial a esta importante sentencia del Tribunal Europeo.

RAMOS QUINTANA, M. I., «Semestre Europeo 2015: Las recomendaciones financieras, fiscales, económicas, laborales y sociales de la Comisión Europea. Recomendaciones dirigidas a España», Trabajo y Derecho, núm. 7-8, Julio 2015.

La Comisión Europea ha lanzado su Comunicación titulada «Semestre Europeo 2015: Recomendaciones específicas por países» (Bruselas, 13.5.2015 COM (2015) 250 final). El objeto de esta comunicación es emitir las recomendaciones que en materia económica, laboral, fiscal, financiera y jurídica formula la Comisión para que sean acometidas por los distintos Estados miembros de la Unión Europea. En el trabajo se delimitan y analizan aquellos contenidos de la comunicación más relacionados con el mercado laboral. El punto de partida es la mejoría del comportamiento de este mercado, lo que se imputa a las reformas estructurales acometidas en varios Estados miembros en los últimos años. A pesar de ello, el desempleo se observa como un lastre social para el progreso de la Unión Europea. En el artículo se desgranar los factores de crecimiento con los que la Comisión aconseja afrontar esta realidad mejorada pero claramente mejorable si se quiere superar el grave e intolerable aumento de la desigualdad y pobreza en el marco europeo.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Contratación colectiva, derecho de la competencia y trabajo autónomo», Diario La Ley, núm. 8462, 20 de enero de 2015.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea FNV, de 4 de diciembre de 2014, Asunto C-413/2013, ha vuelto a visitar el tema de la relación entre la negociación colectiva y la normativa europea antitrust. Esta sentencia entiende que la doctrina sentada en la sentencia Albany, sobre que los convenios colectivos destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores, no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del art. 101 TFUE. La nueva resolución no extiende esa exclusión a las regulaciones relativas a trabajadores autónomos, aunque estén incluidas en un convenio colectivo, salvo que se trate de falsos autónomos. Tal doctrina puede tener incidencia en España respecto a los acuerdos colectivos de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

HELLMAN, J. y MOLINA GARCÍA, M^a J., «Evolución de la libre circulación de personas en el marco de la ciudadanía de la Unión Europea: ¿son la normativa y jurisprudencia comunitaria suficientes garantes de esta libertad?», Actualidad Civil, núm. 5, Mayo 2015.

Las autoras examinan cómo en virtud del Tratado de Maastricht, la Unión Europea reforzó los derechos e intereses de los nacionales de los Estados miembros al incorporar la ciudadanía de la Unión. En relación a este estatuto, la libre circulación de personas se va desarrollando, pero sin alcanzar su plena realización. En el artículo se constata que aquella libertad no sólo es uno de los principales objetivos del mercado único europeo, sino también un derecho esencial para la ciudadanía europea. Conforme a este planteamiento, y tomando en consideración las recientes medidas y políticas nacionales implementadas por parte de algunos de los Es-

tados miembros, que vienen a restringir esta libertad, se procede a analizar si la normativa vigente y las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión europea garantizan de forma adecuada el ejercicio de las personas a su libre circulación, de forma que no se menoscabe una de las esencias de la integración comunitaria.

RAMOS QUINTANA, M. I., «Política de empleo y crecimiento económico: semestre europeo 2015. El Informe de la Comisión Europea sobre España», Trabajo y Derecho, núm. 5, Mayo 2015.

La Estrategia Europea de Empleo, a través del método abierto de coordinación, proporciona un marco que permite a los Estados miembros de la Unión Europea compartir información, debatir sus políticas de empleo y actuar de forma coordinada. El Informe sobre España 2015 presenta un examen exhaustivo sobre la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos. Este informe deberá ser objeto de consideración por el Gobierno de España y obligará a presentar medidas que se acomoden a las recomendaciones que se contienen en él.

En el artículo se analizan los contenidos del informe referidos al diagnóstico sobre la salud del mercado de trabajo español y las recomendaciones ofrecidas por la Comisión. Así, la Comisión parte de un juicio general de cautela y prudencia a la hora de valorar los movimientos apreciados en relación con la creación de empleo y el alto nivel de desempleo que persiste. El Informe contiene una verdadera radiografía de las debilidades del mercado de trabajo español y propone que las medidas a adoptar por el gobierno se centren en contrarrestar la precariedad laboral, poniendo especial atención en el sistema de contratación de trabajadores, en particular, en el contrato a tiempo parcial vinculado a la temporalidad; en la corrección de la devaluación salarial, así como la de la ineficiencia del régimen de incentivos a la contratación.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «La agenda europea de migración se despliega muy lentamente», La Ley Unión Europea, núm. 29, Año III, 30 de septiembre de 2015.

De forma crítica, el autor parte de la falta de autosuficiencia de los Estados miembros para resolver eficientemente las cuestiones derivadas del control de las fronteras, del asilo y de la emigración. Por este motivo, llama la atención sobre la importancia de que la Unión Europea diseñe una política común de manera coordinada con ellos, para respaldarlos y acompañarlos en esta tarea. Sobre esta cuestión, la Agenda Europea de Migración propone acciones tales como la lucha contra la migración irregular, los traficantes de seres humanos y la protección de las fronteras exteriores de Europa. No obstante, estas acciones han de ir acompañadas de una política común de asilo, así como de una política europea en materia de migración legal.

MÉNDEZ TOJO, R., «La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¿una reforma legal necesaria?», Diario la Ley, núm. 8639, 5 de noviembre de 2015, Ref. D-410.

Se aborda una cuestión polémica y controvertida: la ejecución forzosa en España de las Sentencias del TEDH. La materia ha sido abordada y resuelta por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y determinadas leyes procesales. El autor resuelve las dudas existentes sobre la ejecución de las sentencias del TEDH antes de la reforma y examina las cuestiones pendientes tras la reciente reforma operada.

DE LA VILLA GIL, L.E., «La nueva lectura del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su impacto en los complementos salariales», Trabajo y Derecho, núm. 1, Enero 2015.

La sentencia del TJUE, de 22 de mayo de 2014, lleva a cabo una nueva lectura del

art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE. Su objetivo es fortalecer el descanso efectivo de los trabajadores durante el periodo vacacional y ha sido acogido de forma inmediata por los tribunales españoles. Su doctrina ha tenido una repercusión importante en los complementos salariales vinculados a la realización de trabajo efectivo, extendiéndolos al periodo vacacional de inactividad. Igualmente, ha ampliado la retribución de los trabajadores, al tiempo que ha aumentado sensiblemente los costes empresariales cuando en la estructura salarial tienen un peso significativo las comisiones o complementos salariales de índole similar. En el artículo se exponen los retos que queda por afrontar tras el impacto de esta resolución, sobre todo en el ámbito de la negociación colectiva.

CABEZA PEREIRO, J., «La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas», *Trabajo y Derecho*, núm. 10, Octubre 2015.

El análisis de cuatro sentencias recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de despido colectivo revela las deficiencias de las trasposiciones de la Directiva europea de despidos colectivos al ordenamiento español. El autor elabora una reflexión crítica, desde las razones de política legislativa, sobre la opción del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores de la empresa, en lugar del centro de trabajo, como ámbito de cómputo de los umbrales numéricos del despido colectivo. Igualmente, subraya la importancia de que el Tribunal de Justicia ha configurado en su doctrina conceptos propios de Derecho de la Unión tales como «centro de trabajo» o «trabajador» y de que se recurra a doctrina judicial dictada en otras materias, como libre circulación de trabajadores e igualdad y no discriminación.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «La desprotección de la maternidad por subrogación en la ju-

risprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo (I)», *Trabajo y Derecho*, núm. 3, Marzo 2015.

La autora parte del seguimiento del rastro de la protección por maternidad en el empleo en el ordenamiento de la Unión Europea, identificando sus orígenes más remotos en el Tratado de Ámsterdam, al que se incorpora la dimensión social de las normas europeas y, en especial, la materia de empleo. Continúa esta tarea de aproximación adentrándose en el análisis del principio de igualdad y no discriminación en el empleo, que tiene sus raíces en los Convenios OIT núm. 111, 122, 158, entre otros. Desde allí se proyecta en las distintas normas comunitarias que ordenan esta materia, hasta llegar a la Directiva 2010/18/UE. Sobre este exhaustivo análisis normativo se asienta el examen de la jurisprudencia del TJUE sobre la maternidad por subrogación, pionera en esta materia, hasta el punto de haber influido en la evolución legislativa de esta regulación en la Unión Europea y en la de los propios Estados miembros.

LANTARÓN BARQUÍN, D., «Notas distintivas, dinámicas comunitarias y otras claves para el correcto entendimiento de la Garantía Juvenil», *Trabajo y Derecho*, núm. 11, Noviembre 2015.

En este trabajo se aproxima a las muy distintas manifestaciones de la garantía juvenil; una institución vital en las políticas de empleo de nuestros días, con una normativa abundante, dispersa y dinámica. En particular, se destaca tres ámbitos en relación esta materia: el relativo a la red EURES, el específico de los Fondos comunitarios, bajo el protagonismo indiscutible de la Iniciativa y del Fondo Social Europeo, y las Directrices Integradas Europa 2020.

El autor trasciende la normativa comunitaria para examinar la legislación española, que presenta un particular dinamismo, objeto ya de dos modificaciones a su regulación primigenia. En esta parte del trabajo se contiene una perspectiva crítica respecto a una política

loable en su finalidad pero de difícil implementación, más con la celeridad que exige la realidad española y que, tal y como subraya el autor, encierra un peligro potencial de desplazamiento y abaratamiento del empleo en detrimento de su creación.

APARICIO TOVAR, J., «La Unión Europea ante las pensiones. Orientaciones para la sostenibilidad», Trabajo y Derecho, núm. 2, 2015.

Se aplica la mirada crítica para trascender el cambio en el uso del lenguaje identificado en el discurso político y económico de la Unión Europea en materia de Seguridad Social y volver a los fundamentos de este Sistema, entre los que se encuentra el superprincipio de solidaridad. El autor analiza las tensiones presentes en el tratamiento de las pensiones por la Unión Europea, pasando por los problemas de delimitación competencial con los Estados Miembros; el diseño del Libro Verde, en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros y el del Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles y el indudable impacto sobre esta normativa de la legalidad paralela de la Unión Monetaria. Es en este punto donde el autor identifica claramente los límites marcados a la sostenibilidad del Sistema.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Principio de no discriminación y edades máximas de acceso al trabajo», La Ley Unión Europea, núm. 24, Año III, Marzo 2015.

La sentencia «Vital Pérez» (STJUE de 13 de noviembre de 2014), constituye sin duda, después de la «Wolf» (STJUE de 12 de enero de 2010), el pronunciamiento más importante por el momento del alto Tribunal de la Unión Europea sobre los límites de edad en el acceso a determinados trabajos u ocupaciones profesionales. A diferencia de lo dictaminado en esta última, que estima adecuada una edad máxima de 30 años para acceder a un cuerpo de bomberos en razón de las extraordinarias exigencias físicas que reclama el ejercicio de las tareas de esta

profesión (particularmente la extinción de incendios), la sentencia «Vital Pérez» considerará en cambio en 2014 discriminatorio y contrario a la Directiva 2000/78/CE el mismo tope de edad referido a la policía local. En el trabajo se aborda la decisiva tarea de aclarar y ordenar los pasos y las razones que el Tribunal de Justicia sigue en esta sentencia para llegar a tan trascendental y decisivo pronunciamiento.

PASTOR MERCHANT, J., «El incierto futuro del despido colectivo en España tras la Sentencia de 13 de mayo de 2015 del TJUE», Diario La Ley, núm. 8560, 12 de Junio de 2015, Ref. D-236.

En este trabajo se analiza la STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13 (RABAL CABAÑAS) como muestra del desajuste de la ordenación del despido a la normativa comunitaria y de la necesidad de adaptar los contenidos del art. 51 ET al concepto comunitario de centro de trabajo.

RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M. «Discriminación múltiple», Diario La Ley, núm. 8571, 29 de Junio de 2015.

El autor aborda un fenómeno que ha cobrado notable actualidad –la discriminación múltiple–; esto es, la que sufre una persona sobre la base de más de un motivo discriminatorio. Como muy bien se destaca en el trabajo, la normativa antidiscriminatoria se ha configurado para proteger a las personas víctimas de un concreto motivo de discriminación y no se halla adaptada a los efectos de la combinación en una misma persona de distintos factores de discriminación. Se trata de un estudio fundamental sobre la existencia misma del concepto de discriminación múltiple y de las pistas que ofrece el ordenamiento internacional para afrontar su tratamiento.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. «Convenio colectivo y libre competencia en el ámbito de la Unión Europea: el supuesto de los trabajadores autónomos incluidos en conve-

nio», *La Ley Unión Europea*, núm. 24, Año III, Marzo 2015.

La jurisprudencia elaborada por la STJUE de 21 de septiembre de 1999, Asunto Albany, C 115/1997, resulta fundamental en cualquier estudio que aborde la relación entre la negociación colectiva y el derecho de la competencia. En este caso, estamos ante un estudio de la STJUE de 4 de diciembre de 2014, Asunto C-413/2013. La resolución admite la extensión de la excepción a la aplicación del art. 101 TFUE respecto de un convenio colectivo holandés que incluye dentro de sus cláusulas referencias a las condiciones de trabajo de cierto colectivo de trabajadores autónomos. En primer lugar, se trata de comprobar si en el convenio colectivo concurre el doble requisito de objeto y naturaleza descrito por tal sentencia. La cuestión subyacente al supuesto concreto es que de los hechos relatados se desprende el carácter de falsos autónomos de los sujetos cuyas condiciones de trabajo son reguladas por el convenio en cuestión. De ahí que se descarte la aplicación del art. 101 TFUE.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo (y II)», *Trabajo y Derecho*, núm. 4, Abril 2015.

Con una posición firme y una perspectiva crítica se afronta el análisis de la más reciente jurisprudencia del TJUE sobre reconocimiento de la protección por maternidad y lactancia en los supuestos de subrogación para subrayar el claro vacío protector en esta materia. La autora apuesta por que la maternidad por subrogación se estudie al amparo de la Directiva 2006/54/CEE, sobre cuestiones relacionadas con los conceptos de conciliación en su sentido más estricto, y de corresponsabilidad.

ROJO TORRECILLA, E., «Sobre el contenido del derecho de un inmigrante en situación irregular a ser oído antes de la adopción de la decisión de retorno por la autoridad competente (Nota a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11

de diciembre de 2014, asunto C-249/13)», *Trabajo y Derecho*, núm. 3, Marzo 2015.

El autor hace una revisión crítica en este trabajo de dos definiciones centrales en la materia, recogidas en el art. 3 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular: la de situación irregular y la de decisión de retorno.

BALLESTER PASTOR, M^a A., «Desigualdades y discriminaciones retributivas. Ultraactividad contractual, comparador hipotético, transparencia salarial y otros fenómenos», *Trabajo y Derecho*, núm. 6, Junio 2015.

Este trabajo examina las consecuencias que están teniendo una serie de acontecimientos recientes relacionados con el tema de las diferencias retributivas. Con perspectiva crítica se aborda la cuestión de la desigualdad retributiva en convenio colectivo, para pasar a centrarse en la discriminación retributiva por razón de sexo. Con relación a la primera cuestión se revisan las doctrinas clásicas (dobles escalas salariales, convenios extraestatutarios y contratación temporal) y desde ahí, se analizan las repercusiones de la STS de 22 de diciembre de 2014 sobre la ultraactividad contractual del convenio colectivo. En relación con esta segunda cuestión, se toma como punto de partida la doctrina consolidada del TJUE sobre la igual valoración de los puestos de trabajo para analizar los nuevos retos –transparencia salarial y comparador hipotético–, así como la respuesta dada por el ordenamiento español.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «El trabajo a tiempo parcial en la jurisprudencia del TJUE», *La Ley Unión Europea*, núm. 23, Año III, Febrero 2015.

El autor aborda una cuestión central en nuestro actual mercado de trabajo –el contrato a tiempo parcial–; y lo hace poniendo espe-

cial atención a los efectos que los contenidos de la STJUE de 15 de octubre de 2014, asunto *Mascellani*. La resolución considera compatible con el Derecho de la Unión una ley italiana que permite al empleador público convertir un contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo en contra de la voluntad del trabajador. Esta decisión puede tener repercusiones importantes en la regulación española del contrato a tiempo parcial, en la que la que la conversión del contrato por voluntad unilateral del empleador se considera un uso exorbitado de su poder de dirección.

TODOLÍ SIGNES, A. «La compleja e insatisfactoria regulación de las prácticas y las becas de trabajo», *Trabajo y Derecho*, núm. 6, Junio 2015.

De forma reciente, el Consejo Europeo ha propuesto una regulación cuyo objetivo es establecer unos estándares de valor educativo comunes que deban tener todas las prácticas en empresas a nivel europeo. Desde una perspectiva crítica, el autor señala que esta recomendación europea guarda grandes similitudes con la regulación que ya lleva vigente en España mucho tiempo. Esta regulación no ha obtenido los resultados esperados en nuestro país, por lo que es difícil que lo consiga en su extensión por toda Europa. Así pues, en este estudio se analiza por qué falla este tipo de regulación en su objetivo de asegurar unas prácticas con calidad formativa para los jóvenes, y propone soluciones a esos fallos a través de una regulación alternativa más simplificada y puede que más efectiva.

RAMOS QUINTANA, M. I., «Hacer de Europa un lugar de trabajo más seguro, saludable y productivo: la iniciativa para combatir el estrés laboral», *Trabajo y Derecho*, núm. 4, Abril 2015.

La autora presenta la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (AESST) como organismo de la UE encargado de la sensibilización e intercambio de información, buenas prácticas y asesoramiento sobre condiciones de seguridad y salud en los centros

de trabajo. Igualmente, justifica su existencia pues uno de los objetivos de la Unión Europea es mejorar la calidad de las condiciones de trabajo. En especial, se recuerda el Acuerdo Marco sobre estrés laboral alcanzado en el año 2004, que contemplaba como factores de riesgo psicosocial la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, el entorno en que se desarrolla, así como otros elementos entre los que cabe destacar las presiones sociales y emocionales así como factores relacionados con sentimientos, percepciones e impresiones. Este Acuerdo se ha visto reforzado por la Comunicación de la Comisión relativa a un Marco Estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, en el que se incorporan los cambios en la organización del trabajo, derivados de la evolución de las nuevas tecnologías de la información y los procesos de trabajo flexibles e interactivos como nuevos factores generadores de estrés.

ESTEVE SEGARRA, A., «Un nuevo supuesto de interacción entre libertades económicas y derechos sociales: la ordenación jurídico-laboral española de la actividad de los estibadores portuarios», *Trabajo y Derecho*, núm. 7-8, Julio 2015.

La autora enfrenta un nuevo choque entre la legislación laboral y el derecho de la competencia. En esta ocasión, el punto de mira de la Comisión Europea se ha situado sobre la regulación española del trabajo de estiba. En efecto, la Comisión interpuso un recurso contra el estado español, que fue resuelto por el TJUE el 11 de diciembre de 2014, declarando los ejes de la normativa española contrarios a la libertad de establecimiento contenida en el art. 49 TUE. Esta resolución impone a la autora analizar el marco jurídico de una relación laboral especial, cuyo objetivo tradicional fue acabar con la precariedad laboral que arrastraban los estibadores portuarios y garantizar a las empresas la continuidad, regularidad y disposición de mano de obra profesionalizada. Seguidamente estudia los cambios legislativos y convencionales que han de afrontarse como consecuencia de la liberalización de este sector.

OLARTE ENCABO, S., «Ante el dilema de regular la prostitución en España: por qué, para qué y cómo», *Trabajo y Derecho*, núm. 6, Junio 2015.

El estudio ahonda en la complejidad del debate reabierto sobre la prostitución como consecuencia de un cambio en los planteamientos de fondo. Estos cambios están relacionados con la dimensión de género, con la violencia contra la mujer y las nuevas formas de esclavitud. La autora parte de los contrastes permanentes en el tratamiento de la cuestión en el ámbito internacional; desde la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014 –decididamente abolicionista– o la apuesta por el modelo sueco de incriminación de los clientes, frente al nuevo sistema de contabilidad nacional adoptado por el INE, que toma en cuenta a los efectos del PIB los rendimientos económicos de esta actividad, siguiendo directrices comunitarias. La autora contempla como alternativa de salida a la difícil situación del debate en España por la vía de la laborización, que comporta ventajas desde la perspectiva de la tutela y protección de los derechos fundamentales –incluidos los sociales– de las personas que realizan esta actividad por cuenta y bajo dependencia ajena.

RAMOS QUINTANA, M. I., «Empleo y salarios en Europa: el impacto de la crisis sobre el mercado de trabajo», *Trabajo y Derecho*, núm. Febrero 2015.

La autora desgrena las conclusiones contenidas en el III Informe sobre el estado de la Unión Europea. La ciudadanía europea en tiempos de crisis, realizado bajo la dirección de Diego López Garrido, en el seno de la Fundación Alternativas y la Friedrich-Ebert-Stiftung. Lo mismo hace con una parte del mismo estudio especializado, realizado por Thorsten Schulten y titulado «Desempleo y salarios en Europa: tendencias de desarrollo actuales en el marco de la crisis». Así, va destacando las contradicciones de las políticas de la UE para afrontar la crisis y las dificultades para mantener un crecimiento sostenible si se opta por políticas de austeridad.

PÁRAMO MONTERO, P., «La nueva Directiva 2014/67/UE sobre el desplazamiento temporal de trabajadores», *Trabajo y Derecho*, núm. 3, Marzo 2015.

El pasado 28 de mayo de 2014 se publicó la Directiva 2014/67/UE, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. El estudio analiza los aspectos más fundamentales de la Directiva, prestando especial atención a su evolución normativa y a las dificultades, dudas y conflictos que encierra cada uno de sus preceptos. En todo caso, se caracteriza como un paso importante en el proceso de regulación de los desplazamientos temporales de los trabajadores en Europa y un avance significativo en la cooperación transfronteriza entre los Estados miembros.

AGLIATA, M., «La jurisprudencia del TJUE en materia de no discriminación por razón de discapacidad: las nociones de “hándicap” y “soluciones razonables”», *Trabajo y Derecho*, núm., Febrero 2015.

La jurisprudencia del TJUE en materia de no discriminación por razón de discapacidad avanza decididamente. Buena muestra de ello es la conformación de nociones específicas como «hándicap» y «soluciones razonables» proyectadas sobre el conflicto al que se enfrentan las autoridades italianas para adaptar su legislación, de forma que los empresarios adopten las medidas adecuadas para favorecer la accesibilidad de las personas con discapacidad al empleo. Así se deriva de este análisis de la STJUE de 4 de julio de 2013, Comisión contra Italia.

SERRANO GARCÍA, M^a J., «La individualización de la ley aplicable a la cuantía del salario mínimo en los desplazamientos transnacionales de trabajadores», *La Ley Unión Europea*, núm. 27, Junio 2015.

La autora aborda una cuestión muy concreta y de relevancia en el contexto de los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional: delimita

tar cuándo el salario mínimo contemplado en el art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE queda sujeto a la Ley del Estado de acogida y cuándo lo hace a la ley del Estado de destino, así como los elementos de la retribución que caen dentro de su concepto. Se trata de una cuestión que afecta a muchos de los conflictos entre las libertades comunitarias y las normas laborales, debido al dumping social que la acompaña, entre otras razones, porque los empresarios pueden utilizar las diferencias entre los niveles salariales de los Estados miembros, como un elemento de competitividad, apoyándose en la libertad de prestación de servicios. Ambas cuestiones son abordadas con ocasión del análisis de la ST-JUE de 12 de febrero de 2015, asunto C-396/13.

CABEZA PEREIRO, J., «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», Trabajo y Derecho, núm. 3, Marzo 2015.

El trabajo examina la confrontación entre el Derecho de la Competencia de la UE y la negociación colectiva. Recuerda cómo, desde la sentencia Albany, el TJUE ha excluido los convenios colectivos del ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE. Adicionalmente, sentencias recientes han estrechado esta exclusión al excluir los acuerdos que afectan a los trabajadores por cuenta propia. La regulación española de los TRADE puede verse seriamente afectada por esta línea jurisprudencial, en particular sobre la efectividad de los acuerdos de interés profesional firmados en nombre de este colectivo. Se subraya cómo el TJUE ha reforzado suposición acerca de la aplicación de la libertad de establecimiento y de servicios en contraposición con los derechos sociales y garantías de los trabajadores. Según el autor, la doctrina del Tribunal europeo da poco valor a las normas laborales como justificación de las restricciones a esas libertades y apuesta por la apertura de un debate sobre el equilibrio adecuado entre la promoción de las libertades y la salvaguardia de las normas laborales.

PÉREZ AGULLA, S., «De nuevo sobre el principio de igualdad y no discriminación por ra-

zón de sexo: algunas aportaciones recientes del TJUE (I)», Trabajo y Derecho, núm. 11, Noviembre 2015.

Se está ante un trabajo de aproximación desde una perspectiva integral de la construcción del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito comunitario. A través del estudio de los orígenes de la legislación comunitaria y la interpretación jurisprudencial que de ella se ha llevado a cabo, así como de los avances que de manera progresiva se han producido al respecto, la autora busca entender los progresos realizados hasta el momento, así como los retos pendientes alrededor de esta materia. Un valor adicional del trabajo es el seguimiento de la aplicación de este principio y de su proyección a supuestos en los que la discriminación tiene un origen racial o étnico, en la edad, en la discapacidad, en la religión o creencias, y en la orientación sexual.

OJEDA AVILÉS, A., «Expatriados: concepto, naturaleza jurídica y regulación», Trabajo y Derecho, núm. 1, enero de 2015.

El concepto y regulación de trabajadores desplazados es el más conocido y aplicado dentro de la Unión Europea para designar a quienes son enviados por su empresa temporalmente a otro país europeo, pero fuera de nuestra Unión el concepto universalmente utilizado es el de expatriado. Este artículo analiza sus diferencias con el desplazado y el emigrante, así como la situación legal y las normas que regulan el viaje, residencia, trabajo y repatriación de ellos, incluyendo las políticas de asignaciones internacionales de algunas multinacionales, y la legislación de expatriados de los países de acogida, tomando como ejemplo la legislación de Emiratos Árabes Unidos.

GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Perspectiva comparada de las medidas de sostenibilidad del sistema de pensiones en Europa», Trabajo y Derecho, núm. 2, 2015.

En la medida en que la sostenibilidad de los sistemas de pensiones no es una problemática

limitada al Estado español, ni tampoco directamente vinculada con los modelos de reparto, sino que afecta por igual a todos los Estados que deben enfrentarse al envejecimiento de la población a corto o a medio plazo, todos ellos han tenido que acometer reformas en sus sistemas de pensiones. El trabajo analiza estas reformas, identifica las diferencias significativas en la implementación de unas y otras y avanza algunos posibles resultados pendientes de constatar por su efectiva aplicación.

CAIRÓS BARRETO, D. M^a., «Libre circulación y derechos de pensión: la adquisición y mantenimiento de las pensiones complementarias», Trabajo y Derecho, núm. 1, Enero 2015.

El trabajo presenta los antecedentes políticos y legislativos de la Directiva 2014/50/UE de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión. Del mismo modo, presenta sus contenidos, menos ambiciosos que los originales, pero que incorporan nuevas definiciones fundamentales para favorecer la efectividad de la libertad de circulación de los trabajadores.

MARTÍN PUEBLA, E., «La flexibilidad interna negociada en una perspectiva de *sécurisation de l'emploi*», Trabajo y Derecho, núm. 2, Febrero 2015.

El trabajo examina una norma de referencia comparada: la Ley francesa de 14 de junio de 2013 sur la *sécurisation de l'emploi*, cuyo precedente se sitúa en el Acuerdo Nacional Interprofesional de 11 de enero de 2013. Esta reforma afecta a instituciones básicas del sistema de relaciones laborales francés, como las competencias de información y consulta del comité de empresa o el procedimiento de despido colectivo. Uno de los objetivos de la reforma es aumentar la flexibilidad laboral y satisfacer las necesidades de movilidad que manifiestan las empresas. Para atenderlos se han creado dos herramientas de flexibilidad interna negociada

objeto de estudio: de una parte, los acuerdos de movilidad interna y de otra, los acuerdos de mantenimiento del empleo.

MOLINA MARTÍN, A. M., «La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el seno de las empresas multinacionales españolas», Trabajo y Derecho, núm. 1, Enero de 2015.

La autora identifica un fenómeno existente y deseable cual es la movilidad geográfica de trabajadores en el seno de las empresas multinacionales españolas. Se trata de una cuestión práctica en materia de transnacionalización del Derecho del Trabajo y empresas multinacionales y se avanza en una conclusión: la ausencia de una regulación clara de esta situación, en la que confluyen las necesidades organizativas de las empresas y el interés por una certidumbre jurídica para los trabajadores.

DE LA PUEBLA PINILLA, A. M^a., «Causa y ausencia de causa en el despido colectivo: un análisis a través de la doctrina judicial reciente», Trabajo y Derecho, núm. 10, Octubre 2015.

Se trata de un análisis, riguroso y completo de la doctrina comunitaria y nacional más reciente en torno a los vacíos y zonas de incertidumbre creados por la ordenación del despido colectivo en el art. 51 ET. La autora examina las divergencias entre el derecho comunitario y el citado precepto en la configuración de la causa como elemento definitorio del despido colectivo. Además da un paso adicional y necesario, ahondar en la respuesta judicial, poniendo especial atención a los casos de despido en las Administraciones Públicas.

GARRIDO PÉREZ, E., «La extensión del concepto de trabajador a personas con discapacidad acogidas en centros de atención social y ocupacional. A propósito de la STJUE de 26 de marzo de 2015», Trabajo y Derecho, núm. 7-8, Julio 2015.

Una vez más, se torna a delimitar el concepto de trabajador a los efectos aplicativos de

las normas comunitarias. El análisis de la STJUE de 26 de marzo de 2015 va más allá de los ámbitos o aspectos donde se han planteados cuestiones conflictivas de la figura del trabajador, y trata por primera vez las prestaciones o actividades efectuadas por sujetos con particularidades y desarrolladas en entornos igualmente especiales: el de las personas con discapacidad severa en centros que prestan servicios de atención social y ocupacional.

TAQUET, F., «¿Cuál es la Ley aplicable en un contrato de trabajo internacional?», Trabajo y Derecho, núm. 11, Noviembre 2015.

El autor aborda la respuesta a la cuestión de cuál ha de ser la ley aplicable a un contrato de trabajo internacional dada por la sentencia de la Corte de Casación de Francia, el 9 de julio 2015. El supuesto de hecho del que se parte para alcanzar esta resolución es el de una trabajadora española, que ha firmado un contrato regido por el derecho español, pero que ejerce sus tareas en Francia. Las reglas de conflicto de leyes que permiten determinar la ley aplicable están fijadas en el Convenio de Roma (1980). Así, la Corte considera que, aunque la regla es que los contratos se rigen por la ley elegida por las partes, no puede resultar de ello la privación al trabajador de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley que sería de aplicación en defecto de elección.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El derecho a trienios del personal eventual de las Administraciones Públicas y la STJUE de 9 de julio de 2015», Diario La Ley, núm. 8591, 27 de Julio de 2015.

Se exponen las consecuencias y el impacto de la STJUE 9 de julio de 2015, Regojo Dans (C-177/14) en el desarrollo de una jurisprudencia decidida a asegurar la plena aplicación de la igualdad de trato entre los trabajadores de nuestras Administraciones públicas; en particular entre los empleados con relación de duración determinada o temporal respecto de los empleados fijos en una situación comparable. Esta jurisprudencia consagra la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración

determinada, de 10 de marzo de 1998. Aplicado por la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio.

RAMOS QUINTANA, M. I., «Las mujeres y el futuro del trabajo: las iniciativas de la OIT», Trabajo y Derecho, núm. 4, Abril 2015.

El tema «mujeres y el futuro del trabajo» reconoce la relevancia de las iniciativas relativas a las mujeres en el trabajo y al futuro del trabajo, propuestas por el Director General de la OIT en el marco de la 102ª reunión de la Conferencia Internacional en 2013. La autora recorre el conjunto de informes, acciones y medidas adoptadas en el contexto de la OIT para avanzar en una materia de gran peso en el debate actual sobre la evolución del mundo del trabajo.

ROMAGNOLI, U., «Trabajo sin ciudadanía», Trabajo y Derecho, núm. 5, Mayo 2015.

Esta obra contiene una reflexión crítica sobre el contexto en el que se inserta la reforma laboral italiana en curso, también conocida como reforma Renzi. El autor denuncia un contexto de remercantilización del trabajo, de pérdida de centralidad de la condición ciudadana del trabajador asalariado, de aparcamiento del Estatuto de los Trabajadores de 1970 y de su fundamento –la Constitución de 1947–. Se sitúa como referencia paradigmática de estas reflexiones la reforma renziana de la tutela contra el despido ilegítimo, que supone la inaplicación para los nuevos contratados de la estabilidad real ex artículo 18 del Estatuto.

SANGUINETI RAYMOND, W., «Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas: una visión de conjunto», Trabajo y Derecho, núm. 1, Enero de 2015.

La construcción de instrumentos de gestión laboral transnacional, dirigidos a hacer frente desde su esfera de autonomía a las muy diversas necesidades generadas por su funcionamiento integrado a escala global, constituye uno de los elementos más novedosos que han acompañado al proceso de expansión internacional emprendido por las empresas españolas en las últimas décadas. En este trabajo se sin-

tetizan los resultados más relevantes de una amplia investigación realizada sobre tales instrumentos, identificando cada una de sus distintas manifestaciones y poniendo de relieve la problemática asociadas a las mismas.

PÉREZ DEL PRADO, D., «La integración socio-laboral de los inmigrantes en Europa: datos para el Análisis», *Información Laboral*, núm. 11, 2015.

El autor repasa las principales variables en materia de inclusión laboral y social de los ciudadanos extranjeros en Europa. Los resultados arrojan un panorama nada favorable para este colectivo. En el ámbito de la inclusión laboral, la crisis no sólo ha provocado que buena parte de ellos hayan pasado a engrosar las listas del paro, sino que se hayan visto forzadas a volver a migrar o a pasar a la inactividad. En el ámbito de la inclusión social, la población extranjera posee menores niveles de renta y mayores tasas de pobreza.

USHAKOVA, T., «El teletrabajo en el derecho de la OIT», *Información Laboral*, núm. 9, 2015.

El estudio aborda la regulación del teletrabajo en el Derecho Internacional; en particular, analiza la contribución de la OIT a la regulación del teletrabajo. No obstante, la autora realiza un recorrido previo por las investigaciones de los científicos de la ciencia aplicada, los ingenieros de telecomunicaciones y economistas, entre otros, pues el objetivo primario de su implantación en la empresa se hallaba vinculado a la reorganización de los procesos productivos, para rentabilizar sus gastos económicos y aumentar sus beneficios. Sólo a partir de este objetivo inicial, se consideró que los trabajadores también podían obtener ventajas de esta nueva manera de trabajar y que había que minimizar los riesgos asociados.

PÉREZ DEL PRADO, D., «¿Quién paga las prestaciones? Reflexiones al hilo del caso Franzen», *Información Laboral*, núm. 7, 2015.

En un contexto económico difícil gestionado por políticas de austeridad el autor se plan-

tea quién ha de pagar las prestaciones sociales en Europa. Se analiza la STJUE 24 de abril de 2015, caso Franzen, para hallar una respuesta. Así se examina la argumentación del TJUE para determinar la norma aplicable en el caso de los trabajadores transfronterizos y se ponen de manifiesto las disfuncionalidades en la protección social de estos trabajadores.

TORMOS PÉREZ, J.A., «De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la Directiva 2014/67/UE», *Información Laboral*, núm. 5, 2015.

La Directiva 2014/67/UE introduce interesantes mecanismos que tratan de garantizar que la normativa vigente, es decir, la Directiva 96/71/CE, se aplique de manera efectiva. El autor subraya el objetivo del legislador comunitario de facilitar el acceso a la información por parte de los destinatarios de la normativa, así como facilitar el intercambio de la misma y la cooperación entre las administraciones de los Estados miembros. Tras el examen de la nueva Directiva, se concluye que no entra a resolver los problemas sustanciales que planteaba la normativa en materia de trabajadores desplazados, y que tanto han sido discutidos por la doctrina. En particular no se aborda el problema de la delimitación de las condiciones de trabajo y empleo a aplicar a los trabajadores desplazados.

GÁMEZ JIMÉNEZ, J.M., «El cumplimiento de la sentencia laboral en el estado de origen o en un estado extranjero», *Información Laboral*, núm. 4, 2015.

El trabajo ofrece una visión del régimen jurídico aplicable al reconocimiento y/o ejecución de sentencias laborales extranjeras en España y en el extranjero, una vez localizadas las obligaciones jurídicas declaradas por la sentencia originaria. Se trata de una temática compleja y poco estudiada que se aborda recurriendo a un análisis práctico y una exposición basada en el estudio de distintos casos.

BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I., «Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial: conversión de tiempo parcial a completo: sí; conversión de tiempo completo a parcial: no», *Información Laboral*, núm. 2, 2015.

El autor realiza un comentario crítico de la STJUE de 15 de octubre de 2014 (C-221/2013) pues deja sin contenido la protección de los trabajadores descrita en el apartado 2 de la cláusula 5 de la Directiva 97/81. Ello es así porque sostiene que no se opone a la citada norma comunitaria la legislación de un Estado miembro que permite la conversión unilateral de un contrato a tiempo parcial a uno a tiempo completo. Asimismo, la resolución obvia que se está ante una modalidad contractual feminizada, por lo que no mide sus efectos en términos de discriminación.

ORLANDINI, G., «Los derechos fundamentales de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Derecho Social*, núm. 69, enero 2015.

El trabajo se aproxima críticamente a una de las paradojas del derecho comunitario: el reconocimiento formal de los derechos fundamentales de los trabajadores y su constante puesta en cuestión por los hechos, al ser objeto de procesos que reducen su alcance y erosionan su contenido en los ordenamientos nacionales.

CABEZA PEREIRO, J., «La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Social*, núm. 69, enero 2015.

El autor reúne el conjunto de rasgos de funcionamiento que ubican al Tribunal de Estrasburgo en una posición central y diferenciada de otros organismos con labor jurisdiccional. Su identidad se basa en una defensa de los derechos humanos desde una perspectiva tradicional, centrada en las relaciones entre el individuo y el Estado. En el estudio se reivindica el espacio protagonista ganado por el Tribunal Europeo de

Derechos Humanos en materia social y recorre su doctrina en materias tales como el derecho de asociación, el derecho a la vida privada, el trabajo forzoso o la libertad de expresión.

CARDONA RUBERT, M^a B., «La situación del Estado español en relación al cumplimiento de la Carta Social Europea», *Revista de Derecho Social*, núm. 69, enero 2015.

A través de un análisis riguroso del papel que desempeña en la actualidad la Carta Social Europea y de la relevancia de su suscripción por el Estado Español, la autora expone los distintos procedimientos de control de cumplimiento previstos —el procedimiento de reclamación colectiva o los sistemas de informes— para evaluar la situación de España en relación con el cumplimiento de este Tratado Internacional.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Relaciones entre negociación colectiva y discriminación en el sistema de relaciones laborales estadounidense», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1., abril 2015.

El artículo analiza las relaciones entre la negociación colectiva y la protección frente a la discriminación en el sistema de relaciones laborales de los Estados Unidos de América, enfocándose esencialmente en la perspectiva de la eficacia de la tutela antidiscriminatoria. Desde este punto de vista el modelo americano tiene un especial interés, pues en su seno se han construido las principales herramientas técnico-jurídicas que existen para abordar el fenómeno de la discriminación.

CAIRÓS BARRETO, D. M^a. «Las orientaciones europeas en materia de pensiones: adecuación, sostenibilidad y seguridad», *Documentación Laboral*, núm. 103, Vol. I., 2015.

En este trabajo se estudia la relevante intervención europea en los sistemas de pensiones. Del esfuerzo por aproximar las legislaciones de los Estados miembros en esta materia, ante la presencia de problemas y dificultades comunes en materia de viabilidad de los sistemas de pensiones, han resultado diversos

estudios e informes de las instituciones europeas que permite extraer una serie de directrices y orientaciones con el fin de favorecer el desarrollo del método abierto de coordinación en materia de pensiones y protección social y la consecución de unos sistemas de pensiones europeos seguros, adecuados y sostenibles en todos los estados miembros. La autora pone de manifiesto las debilidades y fracasos de estas directrices, que han quedado al desnudo por efecto de la crisis y las políticas de gestión de la misma. El reto se sitúa ahora en revisar la estrategia para garantizar en el futuro unas pensiones adecuadas y suficientes.

ASÍN CABRERA, M^a. A., «La dimensión exterior de la coordinación en materia de Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en los acuerdos internacionales bilaterales concluidos por España con terceros estados africanos», Documentación Laboral, núm. 103, Vol. I, 2015.

En este estudio se examina la dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la Unión Europea. Tal dimensión ha cobrado un renovado impulso tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En particular, se examinan los aspectos jurídicos clave de los Convenios bilaterales celebrados por España con terceros Estados africanos y muy especialmente las consecuencias del Reglamento 1231/10, así como el impacto de la jurisprudencia Gottardo en la aplicación de estos Acuerdos.

CAMÓS VICTORIA, I., «La falta de instrumentos de incentivo y desincentivo en el ámbito Europeo para el paso del trabajo a la jubilación y las reformas de los sistemas de pensiones», Documentación Laboral, núm. 104, Vol. II, 2015.

El trabajo se adentra en las actuales reformas de los sistemas de pensiones adoptados en el ámbito de la UE a partir del libro Blanco de pensiones. Agenda para unas pen-

siones adecuadas, seguras y sostenibles. En ellas se pone el acento en la necesidad de afrontar el reto del factor demográfico y el incremento del gasto en pensiones. La voluntad expresada muestra un deseo de favorecer la permanencia en activo de los trabajadores y de promover un envejecimiento activo; ahora bien, tal deseo contrasta con las reformas más recientes, que se limitan a reducir el gasto en pensiones endureciendo los requisitos de acceso, reduciendo el importe de las pensiones y estableciendo mecanismos de ajuste de éstos en función de la esperanza de vida.

Revistas consultadas:

Actualidad Administrativa

Actualidad Civil

Actualidad Laboral

Derecho de las Relaciones Laborales

Diario La Ley

Documentación Laboral

Información Laboral

La Ley Unión Europea

Relaciones Laborales

Revista de Derecho Comunitario Europeo

Revista de Derecho Social

Revista de Estudios Europeos

Revista Española de Derecho Administrativo

Revista Española de Derecho del Trabajo

Revista Española de Derecho Europeo

Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social

Trabajo y Derecho

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MEYSS

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEYSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MEYSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportará las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un breve resumen del mismo, en castellano y en inglés, así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicados. Por esta razón, el plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: proeditorial@meyss.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
Tf: 913632305 Fax: 913632349 Internet: <http://www.meyss.es>

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

10 números configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17

Fax: 91 363 23 49

Correo electrónico: sgpublic@meyss.es

Librería Virtual

<https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

EDITORIAL: *Luis Enrique de la Villa Gil* • ESTUDIOS: La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía. *Jaime Cabeza Pereiro* • Desplazamientos temporales de trabajadores: orientaciones actuales. *Francisca Fernández Prol* • Trabajadores nacionales de terceros Estados: el acceso al mercado de trabajo europeo. *Belén Fernández Docampo* • ¿Lo colectivo en el mercado interior? *José María Miranda Boto* • La dimensión social de la Unión Europea en el actual proceso de integración económica. *Nora María Martínez Yáñez* • La movilidad internacional de trabajadores: Novedades normativas y jurisprudenciales en materia de contratos de trabajo plurilocalizado. *Olga Fotinopoulou Basurko* • Desajustes en la aplicación de las normas comunitarias de coordinación al cálculo de la pensión española. *Marta Fernández Prieto* • Las consecuencias sobre el principio de igualdad en el empleo de las especialidades del trabajo a tiempo parcial en materia de cotización. *Emma Rodríguez Rodríguez* • LEGISLACIÓN: La libre circulación de trabajadores. *Yolanda Maneiro Vázquez* • JURISPRUDENCIA: La jurisprudencia reciente (2010-2015) del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación. *José María Miranda Boto* • DOCUMENTACIÓN E INFORMES: Dos Informes relevantes sobre la situación económica y laboral de España, 2014-2015. *Luis Enrique de la Villa Gil* • Balance de la actividad del Consejo de la Unión Europea en materia de relaciones laborales y condiciones de trabajo, protección social e inclusión social, seguridad social, e igualdad (2012-2013). *Miguel Colina Robledo* • La evolución del mercado laboral y de los salarios en Europa durante el año 2015. *María Prous Lora* • RECENSIONES Y BIBLIOGRAFÍA: • Recensión: La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas. Autores Varios • Bibliografía: Índice de artículos sobre Derecho social Comunitario y Derecho Internacional del Trabajo publicados en Revistas científicas en 2015. *Maravillas Espín Sáez*.

