



*Revista del Ministerio de Trabajo,
Migraciones y Seguridad Social*

Derecho social
Internacional y Comunitario



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL

142

2019

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Derecho social Internacional y Comunitario

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Joaquín García Murcia**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Yolanda Valdeolivas García**, Secretaria de Estado de Empleo.
- Serie Seguridad Social: **Julia López López**, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. **Borja Suárez Corujo**, Director General de Ordenación 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. **Marcos Fraile Pastor**, Subdirector 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**, Decano Asociado Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor Agregado de Derecho de la UE. **Pilar González Puente**, Directora 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.

María Antonia Castro Arguelles, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.

Ángel Antonio Blasco Pellicer, Magistrado del Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

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

Nuria Paulina García Piñeiro, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

DIRECTOR

Gonzalo Giménez Coloma
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 Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid
Telf: 91 363 23 05
Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@mitramiss.es
Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones 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: 19-2.375

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>



Edita y distribuye:
Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 854-19-003-6

NIPO PDF: 854-19-065-8

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Impime: GRUPOZONA (Zona Limite Castellón S.L.). • Telf. 964 21 03 39

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Derecho social Internacional y Comunitario

SUMARIO

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

I. ESTUDIOS

El Estatuto Jurídico del demandante de empleo de la Unión Europea.
Francisco Javier Pérez Flores, 17

Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión
y perspectivas. *Dolores Carrascosa Bermejo*, 37

La directiva sobre desplazamiento de trabajadores: convergencias y divergencias con los
reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social europeos. *Olga Fotinopoulou
Basurko*, 71

La coordinación de la protección por desempleo en los Reglamentos de Coordinación de la UE
y su reforma. *Alfredo Novales Bilbao*, 101

La larga marcha al Seguro de Desempleo Europeo. *Carlos García de Cortázar Nebreda*, 131

Asistencia sanitaria transfronteriza de trabajadores y demandantes de empleo en la Unión
Europea. *Laura Molins Roger*, 165

Las bases reguladoras de las pensiones nacionales de los trabajadores migrantes españoles
en la Unión Europea. *José Fernando Lousada Arochena*, 191

La coordinación de las normas antiacumulación nacionales en los Reglamentos Europeos
de Seguridad Social: la exigencia de norma nacional expresa de efectos transfronterizos.
Rafael A. López Parada, 221

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación del principio
de igualdad de trato y sobre las cláusulas anticúmulo en materia de pensiones. *Andrés Ramón
Trillo García*, 251

Quince años de movilidad y libre circulación de trabajadores de la UE/EEE y sus familias en España: retrospectiva y retos. *Emiliano García Coso*, 291

Desplazamiento de trabajadores transnacional: conflictos de competencia y legislación aplicable. Cooperación entre Estados de la Unión Europea. *Pablo Páramo Montero*, 313

II. LEGISLACIÓN

Crónica legislativa: la actividad de la Unión Europea. Especial atención a la movilidad de trabajadores. *Yolanda Maneiro Vázquez*, 371

Desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional: análisis y propuestas en orden a la transposición al Derecho español de las modificaciones realizadas por la Directiva (UE) 2018/957 en los artículos 1 y 3 de la Directiva 96/71/CE. *Javier Gárate Castro*, 383

La legitimidad activa y pasiva ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una propuesta de reforma del artículo 44 de la Convención. *Albert Noguera Fernández*, 405

III. JURISPRUDENCIA

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante el año 2018. *José María Miranda Boto*, 421

El final de un principio y el comienzo de un derecho: las vacaciones anuales retribuidas como derecho fundamental y su repercusión en materia de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Comentario a las sentencias Bauer y Broßonn. *Magdalena Nogueira Guastavino*, 449

IV. DOCUMENTACIÓN E INFORMES

La actividad de la Unión Europea en el ámbito del empleo y la política social durante el año 2017. *Miguel Colina Robledo*, 467

V. RECENSIONES Y BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones. *José María Miranda Boto*, 503

Historia de la Unión Europea: de los orígenes al Brexit. *Donato Fernández Navarrete y Rosa M^a Fernández Egea*, 510

BIBLIOGRAFÍA

Índice de artículos sobre Derecho Social Comunitario y Derecho Internacional del Trabajo publicados en revistas científicas en el segundo semestre de 2018 y en el primer semestre de 2019. *Pedro Sánchez Pérez*, 513

Journal of the Ministry of Labour, Migration and Social Security

International and Community Social Law

CONTENTS

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

I. STUDIES

The Legal Statute of job seekers in the European Union. *Francisco Javier Pérez Flores*, 17

Posting abroad in the EU and social dumping in the single market: state of the art and outlook. *Dolores Carrascosa Bermejo*, 37

Directive on posting of workers: convergences and divergences with the coordination regulations of the European social security systems. *Olga Fotinopoulou Basurko*, 71

Coordination of unemployment benefits in the Regulations of the European Union and their reform. *Alfredo Novales Bilbao*, 101

The long path to the European Unemployment Insurance. *Carlos García de Cortázar Nebreda*, 131

Cross-border healthcare for workers and job seekers in the European Union. *Laura Molins Roger*, 165

The regulatory bases of the national pensions of the spanish migrant workers in the European Union. *José Fernando Lousada Arochena*, 191

The coordination of national anti-accumulation regulations in the European Social Security Regulations: the requirement of a specific national rule with cross-border effects. *Rafael A. López Parada*, 221

The doctrine of the Court of Justice of the European Union in the application of the principle of equal treatment and on anti-cumulative clauses on pensions. *Andrés Ramón Trillo García*, 251

Fifteen years of posting and free movement of workers in the EU/EEA and their families in Spain: retrospective view and challenges. *Emiliano García Coso*, 291

Transnational posting of workers: competence conflicts and applicable legislation. Cooperation between Member States of the European Union. *Pablo Páramo Montero*, 313

II. LEGISLATION

Chronicle on legislation: the activity of the European Union. Special attention to posting of workers. *Yolanda Maneiro Vázquez*, 371

Posting of workers in the framework of transnational provision of services: analysis and proposals in order to the transposition into Spanish Law of the amendments made by Directive (EU) 2018/957 in articles 1 and 3 of the Directive 96/71/EC. *Javier Gárate Castro*, 383

Active and passive legitimacy in the face of the Inter-American Human Rights System: a proposal for the amendment of article 44 of the Convention. *Albert Noguera Fernández*, 405

III. CASE LAW

Review of case-law from the EU Court of Justice during the year 2018. *José María Miranda Boto*, 421

The end of a principle and the beginning of a right: annual paid holidays as a fundamental right and its effects in terms of responsibility due to failure to comply with the European Union Law. Comments on judgements Bauer and Broßonn. *Magdalena Nogueira Guastavino*, 449

IV. DOCUMENTS AND REPORTS

The activity of the European Union on employment and social policies in the year 2017. *Miguel Colina Robledo*, 467

V. RECENSIONS AND REFERENCES

RECENSIONS

Spanish Labour Law in the face of the Court of Justice: problems and solutions. *José María Miranda Boto*, 503

European Union history: from its origins to Brexit. *Donato Fernández Navarrete y Rosa M^e Fernández Egea*, 510

REFERENCES

List of articles on Community Social Law and International Labour Law published in scientific magazines in the second semester of 2018 and the first semester of 2019. *Pedro Sánchez Pérez*, 513

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Editorial

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL*

...If you stand at work in a shop I stand as nigh as the nighest in the same shop. If you bestow gifts on your brother or dearest friend I demand as good as your brother or dearest friend. If your lover, husband, wife, is welcome by day or night, I must be personally as welcome...

Walt Whitman (1819-1892)

A song for Occupations, en *Leaves of Grass* (a partir de 1ª ed. *The Rome Brothers* (Brooklyn, 1855) y ediciones posteriores hasta la 9ª de 1892, última revisada por el autor, conocida como *deathbed edition*)

1. Le parecía al gran Walt -a la cabeza de los poetas norteamericanos, según rara coincidencia de los especialistas- que quien trabaja, doquiera trabaje, y sea quien fuere, no debe sufrir la humillación de ser antepuesto en las condiciones por los seres más queridos del empleador, hermanos, amigos, amantes, maridos, esposas. En realidad, cualquier estudio sobre problemas laborales tan agudos como el que acomete este número 142 de la *Serie*, permite aplicar a su tratamiento y a sus conclusiones los ribetes que lucen en el famoso poema, trasladados ampliamente, creo, a la movilidad de los trabajadores en el ámbito de la Unión Europea, un monográfico propuesto y mimado en sus detalles por la profesora Dolores Carrascosa Bermejo, a quien ha de agradecerse el enorme esfuerzo que exige la coordinación de un empeño de semejante envergadura.

Nada menos que nueve trabajos, a cargo todos ellos de reconocidos especialistas en la materia, aúna este número 142 de la cada vez más prestigiada Revista ministerial. El origen se remonta a la Jornada Técnica sobre “Movilidad laboral en la Unión Europea y Seguridad Social: problemas, soluciones y perspectivas”, celebrada en ICADE el 27 de noviembre de 2017, con el objetivo de afrontar las cuestiones jurídico-laborales y de seguridad social que plantea la movilidad de los trabajadores en la UE, diferenciando el caso de los migrantes típicos, de los fronterizos y, especialmente, de los trabajadores desplazados. A este rico bloque de estudios, a cargo de Francisco Javier Pérez Flores, Dolores Carrascosa Bermejo, Olga Fotinopoulou Basurko, Alfredo Novales Bilbao, Carlos García de Cortázar Nebreda, Laura Molins Roger, José Fernando Lousada Arochena, Rafael A. López Parada y Andrés Ramón Trillo García, la dirección ha tenido la oportunidad de añadir otros tres trabajos de la autoría de Emiliano García Coso, Pablo Páramo Montero y Javier Gárate Castro, a lo que se suma, todavía, la contemplación de otros varios aspectos de la movilidad en las secciones habituales de esta *Serie* dedicada al Derecho Social Internacional y Comunitario. Al margen de la obligada presentación esquemática en este Editorial, es recomendable el conocimiento previo de los amplios resúmenes realizados por los citados autores en las páginas 32-33, 66-67, 96-97, 127-128, 160-161, 186-187, 216-217, 246-247, 287-288, 311 y 364-365.

* Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universidad Autónoma de Madrid. Presidente Honorario de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado, Of Counsel de *Sagardoy Abogados*.

La lectura de cualquiera de esos doce trabajos de investigación -extremadamente rigurosos y dotados de la siempre deseable inquietud crítica- permite apreciar que nos encontramos ante un asunto de significativo interés teórico-práctico plagado de interrogantes, no siempre bien resueltos por el ordenamiento comunitario en vigor y, por ende, de indiscutible dificultad política y científica, aunque aquí, lógicamente, la primera cede el paso a la segunda. El comentario a las fuentes normativas es intenso, tanto respecto del derecho originario -preceptos significativos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículos 20, 42, 45, 46, 48 y 308) y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (artículo 45)- cuanto respecto del derecho derivado, en particular los Reglamentos 1612/1968, 1408/1971, 1248/1992, 883/2004, 593/2008 (Roma I) y 492/2011, y las Directivas 1979/7, 1996/71, 2004/38, 2014/54, 2014/67 y 2018/957, análisis que se acompaña del requerido por la interpretación contenida en las abundantes resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia de la Unión, en un centenar de asuntos, muchos referidos a cuestiones prejudiciales propuestas algunas de ellas por juzgados y tribunales españoles (Lafuente Nieto, Naranjo Arjona, Grajera Rodríguez, Salgado González, Crespo Rey...).

La dimensión práctica se comprende sin esfuerzo habida cuenta que, de los 511 millones de ciudadanos de la Unión, en el año 2017 vivían fuera de su propio país unos 17 millones de personas, de las cuales algo menos de 1 millón podían considerarse trabajadores desplazados, divididos en un 93% de trabajadores por cuenta ajena y el 7% restante trabajadores por cuenta propia o autónomos, sin que en ninguna de esas magnitudes se manifestase la menor uniformidad entre los 28 Estados miembros del club. Asimetría que tampoco existe, ni siquiera se busca, respecto de casi el doble de emigrantes sin nacionalidad comunitaria.

2. Desde ángulos parcialmente diferenciados, los tres primeros estudios del monográfico se dedican al análisis de los dos grandes tipos de movilidad laboral, la de los migrantes, por un lado, y la de los trabajadores temporalmente desplazados de uno a otro Estado de la UE, con extensión a Suiza y al Espacio Económico Europeo.

Francisco Javier Pérez Flores denuncia la paradoja entre los sucesivos cambios normativos y la continuidad de los problemas que afrontó el ya lejano Reglamento 1612/68. Comoquiera que la figura del demandante de empleo, prácticamente ignorada por el legislador, ha vuelto a cobrar importancia, el propósito principal del estudio se dedica a definir con la mayor precisión posible el estatuto jurídico de esos trabajadores procedentes de otro Estado miembro de la Unión.

Dolores Carrascosa Bermejo compara y explica las disparidades entre los modelos laboral y de protección social de los trabajadores desplazados, inspirado aquél en fundamentos proteccionistas y vinculado éste a derechos de lenta maduración, lo que no desdibuja la común tendencia a restringir el mercado único más allá de las limitaciones justificadas por el fraude y el abuso de derecho, una barrera para lograr el acercamiento de las muy distanciadas economías de los Estados miembros.

Olga Fotinopoulou Basurko analiza, respecto del desplazamiento temporal de trabajadores, la interrelación entre la normativa europea sobre la ley aplicable al contrato de trabajo (Roma I y Directiva 96/71/CE) y el Reglamento 883/2004 de coordinación de los sistemas de seguridad social. Una buena parte del estudio se dedica a los trabajadores del transporte aéreo y por carretera, anotando la particularidad de la progresiva contaminación de las soluciones a los problemas laborales por las establecidas por los sistemas de seguridad social.

Tras de estos tres estudios, los dos siguientes se centran en el análisis de las prestaciones de desempleo.

Alfredo Novales Bilbao expone la situación caracterizada por la totalización de los periodos que abren el derecho a las prestaciones y la exportación de éstas, con atención singularizada a los trabajadores transfronterizos. A partir de ahí se confiere la importancia que merece la propuesta

de reforma profunda del Reglamento 883/2004, que la Comisión Europea ofreció en el año 2016, todavía sin aprobación formal, aunque ya se cuenta con un documento del Consejo de 2019 en el que se avanza las novedades ampliamente debatidas, incluso en el Parlamento, y de esperable implantación final.

Carlos García de Cortázar Nebreda describe el círculo vicioso producido por las crisis económicas, enemigas del empleo, cuya drástica reducción obliga a aumentar desmedidamente los gastos en prestaciones de desempleo, lo que dificulta a su vez la recuperación y la normalidad económicas. El acariciado paliativo del Seguro de Desempleo Europeo ha limado asperezas a nivel político, pero encuentra el obstáculo de las grandes disparidades entre los modelos nacionales de protección del desempleo, aunque a la postre tal desarmonía no es el mayor enemigo del proyecto sino las deficiencias de la Unión Económica y Monetaria entre los veintiocho.

Laura Molins Roger, por su parte, destina su estudio a la asistencia sanitaria transfronteriza, comenzando por advertir que la prestación de ese carácter no se exporta, puesto que el objeto de exportación es el derecho a acceder al sistema de salud de otro Estado. Sistemas asimismo dispares en el seno de la Unión, desde el simple seguro social para ciertas personas y contingencias, hasta el sistema universal para todos y para todo. Por lo demás, en el caso de los trabajadores transfronterizos la cobertura se complica, no solo por la necesidad de distinguir la estancia temporal, el tratamiento programado y la residencia en un Estado distinto del competente, sino además por la pertenencia a los colectivos de trabajadores, pensionistas, familiares e inactivos.

Un último bloque de estudios se destina a las pensiones y a su posible acumulación.

José Fernando Lousada Arochena se ocupa del complicado cálculo de las bases reguladoras de las pensiones españolas de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común de trabajadores migrantes. El estudio facilita un esquema que incluye los siguientes pasos: a) tomar el hecho causante como *dies a quo* desde el que computar hacia atrás el periodo a considerar; b) habiendo cotizaciones en España, computar las bases españolas actualizadas por IPC, más las bases actualizadas conforme al IPC más cercanas en el tiempo para el periodo de trabajo y/o residencia en otro país comunitario, más las bases derivadas de la aplicación de la normativa interna sobre cobertura de lagunas, para cotizaciones no realizadas en la UE; c) y, calculada así la base, aplicar la garantía comunitaria de revalorización periódica.

Rafael A. López Parada se ocupa de la posible acumulación de prestaciones sociales procedentes de distintos Estados europeos, con la prevención de evitar que, por un mismo periodo de seguro, se lucren diversas prestaciones de la misma naturaleza, objetivo favorecido por la mejora experimentada en el intercambio de datos entre los Estados miembros. Respecto de las pensiones de invalidez, jubilación y supervivencia actúan criterios más benignos, bajo la aplicación de los principios de totalización y prorrateo. Precisamente, respecto de estas pensiones la jurisprudencia social española ha emitido doctrina ajustada a la comunitaria, desde la sentencia casacional de 29 de junio de 2018.

Andrés Ramón Trillo, finalmente, destaca el objetivo de aplicar a los ciudadanos europeos el principio de igualdad de trato con independencia de la residencia, de la nacionalidad, del género entre nacionales del mismo Estado por razón de haber sido migrantes o haber permanecido sedentarios. Así mismo, la libre circulación ha de garantizar que a las personas que residen en un Estado miembro distinto al suyo se les apliquen los mismos derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social que a los nacionales de dicho Estado.

Hasta aquí el bloque de los nueve estudios coordinados por la profesora Carrascosa Bermejo, al que se han incorporado, como quedó dicho anteriormente, otros tres estudios relativos a distintos aspectos de los casi innumerables que la movilidad laboral intra europea lleva consigo.

Emiliano García Coso lamenta que las expectativas abiertas por la Directiva 2004/38 se hayan ido transformando en frustraciones para los ciudadanos comunitarios, que han visto limitados sus deseos de circular, residir y trabajar en cualquier Estado miembro de la Unión, distinto al propio, sin excesivos obstáculos legales y administrativos. En concreto, en España ha habido que introducir hasta seis reformas en el reglamento que desarrollaba aquella Directiva, por medio del Real Decreto 240/2007, lo que a su vez ha dado lugar a una jurisprudencia social insegura y contradictoria.

Pablo Páramo Montero se ocupa de la competencia de las autoridades judiciales y administrativas españolas, en territorio español, o cuando los hechos ocurren en territorio extranjero, pero la empresa y los trabajadores son españoles, o cuando los hechos ocurren en territorio español, pero los trabajadores y la empresa proceden de otro Estado de la Unión. Junto a las cuestiones de competencia se tratan también las normas de conflicto respecto del desplazamiento temporal de trabajadores, conforme a las disposiciones del Reglamento Roma I y del Reglamento Comunitario 883/2004, con algunos datos sobre las perspectivas de cooperación europea respecto del desplazamiento de los trabajadores.

Javier Gárate Castro pondera el alcance de la reforma de la Directiva 1996/71 por la posterior Directiva 2018/957, valorándola positivamente por ampliar la protección general ordinaria, reforzar diversas manifestaciones de protección especial de los trabajadores desplazados, depurar y precisar conceptos y situaciones, ganar elasticidad mediante la diferencia de diversos tipos de desplazamiento y por la restricción al espacio inmune de las diferencias de las regulaciones laborales nacionales. Todo lo cual traza un cómodo camino para la transposición al derecho español de la Directiva 2018/957, sobre el cual ofrece el autor una serie de propuestas personales incidentes en la regulación de la Ley 45/1999.

3. El profundo y variado estudio de la movilidad laboral, se acompaña todavía de las aportaciones contenidas en las restantes secciones de este número 142 de la Serie.

Yolanda Maneiro Vázquez comienza su crónica de legislación comentando con cierto detalle la Directiva UE 2018/957, del Parlamento Europeo y del Consejo. Sigue el análisis de la Recomendación 2018/951, sobre normas de los organismos para la igualdad, de la Decisión 2018/1215 para políticas de empleo de los Estados miembros y, sobre todo, de los Reglamentos 2018/1719, modificatorio del anterior 1303/2013 y 2018/1475, modificatorio del Reglamento 1288/2013.

Albert Noguera Fernández presta atención a la Convención Americana de Derechos Humanos, haciéndose eco del debate que ha tiempo se realiza sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), con la función básica de conocer de las denuncias por violaciones de los derechos consagrados por la Convención, realizando propuestas de ampliación de la legitimidad pasiva, para extender las denuncias de violaciones a cargo de ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado parte de la Convención.

Dentro de la sección dedicada a la jurisprudencia, el personalísimo comentario de José María Miranda Boto viene encabezado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018 (asunto C-673/16), dictada en Gran Sala que, a su juicio ... *“sacudió poderosamente las conciencias de los países del centro y del este de Europa”*, tomando como punto de partida el derecho reconocido por la Directiva 2004/38 a los familiares de un ciudadano comunitario que no tuvieran dicha condición. Sentencia apoyada en las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de noviembre de 2013 (Vallianatos y otros c. Grecia) y 14 de diciembre de 2017 (Orlandi y otros c. Italia), a la que seguiría solo un mes después la del propio Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2018 (asunto C-89/17), interpretando el concepto “otros miembros de la familia”.

Magdalena Nogueira Guastavino, dentro de la misma sección, comenta la recientemente emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, con apoyo en la Carta de Derechos Fun-

damentales, ha dado el paso de configurar las vacaciones anuales retribuidas como un derecho fundamental subjetivo, alegable en las relaciones entre privados.

En la sección de Documentos e Informes es Miguel Colina Robledo quien realiza una vez más el siempre extenso análisis de la actividad de la Unión Europea en materia de empleo y de acción social, en este caso durante el año 2017, crónica cerrada con las conclusiones del Consejo Europeo y de la Cumbre Social Tripartita en 2017.

En cuanto a la bibliografía, este número 142 cuenta con las reseñas de dos obras doctrinales significativas y una documentada selección de artículos de revista sobre derecho comunitario. Realizado por un conjunto de especialistas, bajo la coordinación de José María Miranda, el libro titulado *El Derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia, problemas y soluciones*, se recensiona por Carlota Sotomayor Velasco, corriendo a cargo de Maravillas Espín Sáez la reseña del libro *Historia de la Unión Europea, de los orígenes al Brexit*, debido a la colaboración de Donato Fernández Navarrete y Rosa María Fernández Egea. El número se cierra con la recopilación de los artículos más importantes sobre derecho comunitario en el segundo semestre de 2018 y en el primer semestre de 2019, elaborada por Pedro Sánchez Pérez.

En conjunto, este nuevo número monográfico de la *Serie* resulta de enorme ambición sobre un derecho comunitario que, a su trascendencia jurídica fundamental, une la insatisfacción de no ver culminado todavía el que sin duda es piedra basal del éxito de la propia Unión Europea.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

I. Estudios

El Estatuto Jurídico del demandante de empleo de la Unión Europea*

The Legal Statute of job seekers in the European Union

FRANCISCO JAVIER PÉREZ FLORES**

1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento del ciudadano de la Unión Europea que busca trabajo en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad (demandante de empleo de la Unión Europea) ha suscitado controversias a nivel doctrinal y jurisprudencial desde los años 90. La explicación viene de la naturaleza híbrida de su estatuto jurídico. Por un lado el demandante de empleo no ejerce una actividad económica (todavía) pero por otro lado es esa aspiración a trabajar la que hace que reciba la protección del Derecho de la Unión. El presente artículo intentará desbrozar, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuales son los derechos (y eventuales obligaciones) del demandante de empleo de la Unión Europea.

Tras una breve mención a los antecedentes históricos (Sección 2) veremos el reconocimiento jurisprudencial de la figura del demandante de empleo de la UE (Sección 3) en el marco de la libertad de circulación de trabajadores. Después examinaremos el derecho a la asistencia de los servicios de empleo a

nivel europeo (Sección 4) y nacional (Sección 5). Después abordaremos el derecho al acceso a las medidas de activación en situaciones transfronterizas (Sección 6) para llegar al fundamental derecho al acceso al empleo sin discriminación (Sección 7). Finalizaremos con un examen del derecho al acceso del demandante de empleo de la UE a las ventajas sociales incluyendo las prestaciones financieras destinadas a facilitar el acceso al empleo y las prestaciones de asistencia social (Sección 8). Por último mencionaremos las prestaciones de seguridad social (sección 9).

2. ANTECEDENTES

El informe Spaak de 21 de abril de 1956¹ que sirvió de base para la redacción del Tratado sobre la Comunidad Económica Europea (Tratado CEE) propuso tres condiciones económicas generales para una amplia apertura de los Estados miembros a los trabajadores de otros Estados miembros: la primera era el desarrollo de las regiones económicamente atrasadas; la tercera era la igualdad de trato en cuanto a salarios de los trabajadores de otros Estados miembros. La segunda, que es

* Este artículo se cerró el 30-9-2018.

** Jurista en la Unidad "Libre circulación de trabajadores. EURES" de la Comisión Europea. Las opiniones expresadas en este artículo son estrictamente personales.

¹ http://aei.pitt.edu/996/1/Spaak_report_french.pdf

la que nos interesa para los efectos del presente artículo, consistía en lo que el informe denominaba “una interpretación correcta de la noción de libre circulación de trabajadores” y que comportaba el derecho a postularse en cualquier país de la Comunidad a los empleos efectivamente ofrecidos y a permanecer en dicho país si se conseguía efectivamente el empleo, en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales. Para los jefes de delegación de los seis países fundadores de la Comunidad, redactores del informe, la libre circulación de trabajadores bien entendida requería que existiera una oferta de puesto de trabajo previa a cualquier desplazamiento a otro país. No se contemplaba pues el que un nacional de un Estado miembro se desplazara a otro Estado Miembro a buscar trabajo libremente como pretendía la delegación italiana².

3. EL TRATADO SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

El apartado 3 del artículo 45 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuyo texto es idéntico al del Artículo 48 del Tratado que estableció el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957, establece:

Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

- a) *de responder a ofertas efectivas de trabajo;*
- b) *de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;*
- c) *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;*

² Labour Migration in an Integrating Europe. National Migration Policies and the Free Movement of Workers, 1950_1968. Simone A.W. GOEDINGS. SDU Uitgevers.

- d) *de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.*

El Tratado había acogido por tanto la propuesta del informe Spaak en el punto que aquí nos interesa: el nacional de un Estado miembro tenía derecho a desplazarse a otro Estado miembro pero no para buscar trabajo libremente sino solo para responder a ofertas efectivas de trabajo. En aquel momento se consideraban ofertas efectivas de trabajo las que estaban recogidas por los servicios de empleo de los Estados miembros.

Los dos Reglamentos que se adoptaron en el periodo transitorio de doce años para el establecimiento de la plena libertad de circulación (que al final se redujeron a diez) siguieron pues dicha interpretación.

En efecto, el artículo 5 del Reglamento 15 de 1961³, que fue la primera disposición regulando la circulación de trabajadores en la etapa transitoria, preveía que los nacionales de un Estado miembro podían salir del territorio nacional para responder a una oferta real de empleo en otro Estado miembro.

Asimismo el artículo 1 del Reglamento 38/64/CEE⁴ que derogó el Reglamento de 1961 y que suprimía algunas restricciones más a la libre circulación de trabajadores en el espíritu de progresividad del Tratado, estableció el derecho de los nacionales de un Estado miembro a ocupar una vacante de empleo en otro Estado miembro que hubiera sido notificada al servicio de empleo competente.

Aunque el Reglamento 1612/68⁵ que desarrolló la plena libertad de circulación no

³ Règlement n° 15 relatif aux premières mesures pour la réalisation de la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. No existe en versión en español por no estar en vigor en el momento de la Adhesión.

⁴ Règlement n° 38/64/CEE du Conseil du 25 mars 1964 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. No existe en versión en español por no estar en vigor en el momento de la Adhesión.

⁵ 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.

contenía disposiciones similares, la interpretación del artículo 45 parece haber aceptado este requisito de oferta de trabajo existente.

En su decisiva sentencia en el asunto Antonissen⁶, el Tribunal corrigió dicha interpretación. Este asunto trataba del derecho de residencia del Sr Antonissen, un ciudadano belga que después de más de dos años y medio en el Reino Unido no había encontrado trabajo y tampoco ejercía otra actividad profesional. Dado que la legislación británica otorgaba el derecho de residencia en esas circunstancias solo durante seis meses, el Sr Antonissen podía ser obligado a abandonar el territorio británico transcurrido dicho plazo.

Para proceder a la reinterpretación del tratado, el Tribunal se basó primeramente en su jurisprudencia reiterada de que las disposiciones que consagran la libre circulación de trabajadores deben ser interpretadas con amplitud de criterio. Así, el Tribunal consideró que una interpretación estricta reduciría las oportunidades reales de que el ciudadano de la UE encontrase empleo en los demás Estados miembros. El Tribunal entonces determinó que la lista de derechos del apartado 3 del artículo 45 no es exhaustiva sino que la libre circulación de trabajadores implica también el derecho de los ciudadanos de la UE a circular libremente en el territorio de los demás Estados miembros y a residir en ellos con objeto de buscar empleo.

El Tribunal asimismo vio confirmada dicha interpretación por los artículos 1 y 5 del Reglamento 1612/68 (cuya redacción permaneció inalterada con la codificación llevada a cabo por el vigente Reglamento 492/2011⁷) de los que se habla más adelante.

Una vez reconocido el derecho de residencia del demandante de empleo de la UE en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, el Tribunal también se pronunció sobre la facultad de los Estados miembros

de limitar temporalmente dicha residencia. El Tribunal rechazó que una declaración del Consejo adoptada con motivo de la adopción del Reglamento y que estableció un derecho de residencia de tres meses tuviera eficacia jurídica. Por el contrario, el Tribunal determinó que un plazo de seis meses parece un plazo razonable para que los demandantes de empleo de la UE conozcan las ofertas de empleo que correspondan a sus calificaciones profesionales y adopten, en su caso, las medidas necesarias para ser contratados. Yendo más allá, el Tribunal estableció que el demandante de empleo de la UE no puede ser obligado a abandonar el territorio del Estado miembro de acogida pasado el plazo de seis meses si prueba que continúa buscando empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado.

El Tribunal confirmó esta jurisprudencia unos años más tarde en su sentencia en el asunto Comisión/Bélgica⁸ al considerar una violación del Derecho de la UE la normativa belga que obligaba a los demandantes de empleo de la UE a abandonar automáticamente el territorio belga una vez transcurrido un plazo de tres meses desde que entraron para buscar empleo. El punto b) del apartado 4 del artículo 14 la Directiva 2004/38⁹ leído a la luz del considerando 9 codificó dicha jurisprudencia.

Queda por ver como se interpretan a nivel nacional los requisitos probatorios con respecto a la probabilidad de que el demandante de empleo sea contratado. La mayoría de los Estados miembros no han abordado este aspecto ni en su legislación nacional ni en su jurisprudencia¹⁰.

⁶ Sentencia de 20.2.97. Asunto C-344/95 Comisión/Bélgica.

⁷ 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.

¹⁰ FreSsco Comparative report 2015. The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non standard forms of employment. C. O'Brien, E. Spaventa, J De Coninck <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?langId=en&tdocId=15476&...>

⁶ Sentencia de 26.2.91. Asunto Antonissen C-292/89.

⁷ Reglamento (UE) n° 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.

4. EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE EURES

El ciudadano de la Unión que desee trabajar en un Estado miembro diferente del de su nacionalidad tiene el derecho a recibir la asistencia de los servicios de la red EURES para buscar trabajo sin moverse del Estado donde reside.

La red EURES, que ha quedado restablecida por el Reglamento 2016/589¹¹, es una red de servicios de empleo de los Estados miembros cuya finalidad principal es facilitar el ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores. Su origen remoto hay que buscarlo en la cooperación entre los servicios nacionales de empleo y la Comisión establecida por primera vez en el Reglamento 15 de 1961 con el fin de compensar las ofertas y las demandas de empleo y de la colocación de trabajadores resultante.

La cooperación entre servicios de empleo organizada por la red EURES es mucho más ambiciosa y prevé la publicación en el portal EURES de todas las ofertas de empleo que publiquen los servicios públicos de empleo nacionales así como todas las demandas de empleo y los CV que publiquen dichos servicios de empleo.

Además del derecho a registrarse en el portal EURES, los demandantes de empleo de la UE tienen derecho a recibir información básica relativa al portal mismo. También tienen derecho a recibir: a) informaciones sobre las condiciones de vida y trabajo en el país de destino incluyendo información general sobre los impuestos, la seguridad social, los procedimientos administrativos relacionados con el empleo; b) si procede, asistencia en la redacción de demandas de empleo y los CV; c) si procede, un plan de movilidad individual como medio para conseguir una colocación dentro de la Unión.

¹¹ Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016, 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) n.º 492/2011 y (UE) n.º 1296/2013.

EURES, pues, facilita la búsqueda de empleo al demandante de empleo de la UE sin que tenga que desplazarse a otro Estado miembro. No obstante, tiene sus limitaciones. En primer lugar, no siempre recoge todas las ofertas de empleo publicadas en los Estados miembros (el Reglamento permite excepciones). En segundo lugar, los servicios que proporciona EURES son mucho más limitados que los que proporcionan los servicios de empleo del Estado de acogida in situ.

5. EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE EMPLEO DEL ESTADO DE ACOGIDA

El artículo 5 del Reglamento 492/2011 dispone que *“El nacional de un Estado miembro que busque un empleo en el territorio de otro Estado miembro, recibirá allí la misma asistencia que la que las oficinas de empleo de ese Estado conceden a sus propios nacionales que busquen empleo”*.

El acceso a los servicios de empleo del Estado miembro de acogida del demandante de empleo que se desplaza a dicho Estado para buscar empleo no puede estar sometido a condiciones distintas que los nacionales. En principio la posesión de un carnet de identidad nacional o un pasaporte válidos debe bastar para inscribirse en el servicio de empleo y tener acceso a su asistencia en las mismas condiciones que los nacionales y ello por lo menos durante los seis primeros meses de su estancia en el Estado de acogida en virtud de la jurisprudencia Antonissen.

La asistencia de los servicios de empleo es muy variada y depende de cada Estado miembro (como en general la política social). La asistencia puede ir desde la simple información sobre las vacantes de empleo que se corresponden con sus cualificaciones al acceso a cursos de formación o incluso contratos subvencionados de inserción en la vida laboral. Por supuesto para acceder a dichos servicios el demandante de empleo debe cumplir las condiciones que el servicio de empleo le imponga (que no pueden diferir de las que impone a sus nacionales que se encuentran en situación similar).

Dada la disparidad de servicios disponibles podrían plantearse situaciones en que un demandante de empleo se inscribiese en más de un servicio de empleo. No parece que esta situación sea frecuente sobre todo porque la mayoría de las veces no será posible compaginar en dos servicios de empleo simultáneamente el cumplimiento del requisito usual de que el demandante de empleo esté a la disposición del servicio de empleo o de que se someta a sus mecanismos de control. Como quiera que no existe una coordinación similar a la que existe en el campo de la seguridad social esta situación es posible legalmente. Es más, el Reglamento 883/2004 la contempla expresamente en el caso de trabajadores fronterizos, facultándoles para que se inscriban en el servicio de empleo no solo del Estado miembro competente para las prestaciones de desempleo sino también del Estado miembro donde trabajó en último lugar.

El Tribunal tampoco parece descartar dicha posibilidad. En efecto, en el asunto *Caves Krier*¹² que se refería a una ayuda otorgada por el Estado a las empresas que contratasen a determinados trabajadores inscritos en el servicio de empleo, el Tribunal consideró que el requisito de ser residente en el país a los efectos de la inscripción en el servicio de empleo suponía una restricción a la libertad de circulación del artículo 45 TFUE que por tanto solo podía admitirse si era justificada y proporcional. El gobierno luxemburgués no ofreció ninguna justificación a dicho requisito y el Tribunal consideró que *“un requisito de residencia es, en principio, inadecuado tratándose de trabajadores migrantes y fronterizos, ya que éstos, al haber accedido al mercado laboral de un Estado miembro han creado, en principio, un vínculo de integración suficiente en la sociedad de ese Estado que les permite beneficiarse del principio de igualdad de trato en relación con los trabajadores nacionales y con los trabajadores residentes, respectivamente. El vínculo de integración resulta, en particular, del hecho de que, con las cotizaciones sociales que pagan en el Estado miembro de acogida en virtud de la actividad asalariada que ejercen, los trabajadores migrantes y*

fronterizos contribuyen también a la financiación de las políticas sociales de dicho Estado” (apartado 53).

Queda por ver si la respuesta del Tribunal sería la misma ante la negativa de un servicio de empleo a inscribir como demandante de empleo a un ciudadano de la UE que no ha trabajado previamente en dicho Estado y que, estando disponible para trabajar, reside en otro Estado. Cabe recordar que el propio artículo 5 del reglamento no establece ninguna condición de residencia y ello al contrario que su predecesor, el artículo 9 del Reglamento 15/1961, que reconocía el derecho a la igualdad de trato en el acceso a la asistencia de los servicios de empleo a los nacionales de otros Estados miembros que residían legalmente en el Estado (y disponían de un permiso de trabajo). Esto parece indicar que un Estado miembro no podría restringir la inscripción en sus servicios de empleo de demandantes de empleo por el mero hecho de ser residentes en otro Estado miembro.

6. EL ACCESO A MEDIDAS DE ACTIVACION EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS

Las medidas de activación se han convertido en medidas fundamentales en las políticas de empleo de los Estados miembros en las últimas décadas. De acuerdo con la definición de la OCDE, los programas activos del mercado de trabajo incluyen todo el gasto social (distinto de la educación) destinado a la mejora de las perspectivas de los beneficiarios de encontrar un empleo remunerado o de incrementar de otro modo su capacidad de obtener ingresos. En esta categoría se engloba el gasto en servicios públicos de empleo y administración, la formación para el mercado de trabajo, los programas especiales para los jóvenes durante la transición de los estudios al mercado de trabajo, los programas del mercado de trabajo para proporcionar el empleo a los desempleados y otras personas (excluidos los jóvenes y las personas con discapacidad) o fomentarlo, y los programas especiales para las personas con discapacidad. Pues bien los demandantes de empleo de la UE tienen derecho a la igualdad de trato con los nacionales no solo cuando

¹² Sentencia de 13.12.2012 en el asunto C-379/11 *Caves Krier*.

dichas medidas desplieguen todos sus efectos dentro del Estado de acogida sino también en situaciones transfronterizas. Así, en su sentencia en el asunto ITC¹³ el Tribunal examinó el bono de intermediación que los demandantes de empleo en Alemania recibían del servicio público de empleo para “pagar” a las agencias de colocación privadas a fin de que les ayudasen a buscar empleo. El servicio público de empleo abonaba el importe del bono a la agencia si esta encontraba un trabajo para el desempleado siempre que el empleo estuviera sujeto a las cotizaciones obligatorias a la seguridad social, que la jornada de trabajo semanal fuera por lo menos de quince horas y que la duración pactada del empleo fuera al menos de tres meses. El Tribunal juzgó que el requisito de que el empleo procurado por dicha agencia estuviera sujeto a las cotizaciones obligatorias a la seguridad social en Alemania, constituye un obstáculo que puede disuadir a los demandantes de empleo, en particular a aquellos cuyos recursos económicos son limitados y, por consiguiente, a las agencias privadas de colocación, de buscar un trabajo en otro Estado miembro. En consecuencia dicha medida es contraria al artículo 45 TFUE. El Tribunal también consideró que Alemania no había aportado datos que permitieran estimar razonablemente que dicho requisito era adecuado para alcanzar el objetivo de política social de la medida ni el objetivo de no poner en riesgo el equilibrio financiero del sistema de seguridad social.

También en el asunto *Caves Krier* mencionado en el apartado anterior el Tribunal se pronunció sobre un requisito de residencia para una ayuda a la contratación. El Tribunal apreció que al supeditar la concesión de la ayuda al requisito de que el demandante de empleo tenga su residencia en Luxemburgo, la normativa nacional coloca en una situación de desventaja a determinados trabajadores por el mero hecho de haber establecido su residencia en otro Estado miembro. De este modo, dicha normativa puede disuadir a un empleador establecido en Luxemburgo de contratar a un demandante de empleo que no tiene su residencia en ese Estado miembro, ya que esa contratación, a diferencia de

la contratación de un demandante de empleo que tenga su residencia en el mismo Estado miembro, no permite a dicho empleador beneficiarse de la ayuda a la contratación. De este modo dicha normativa puede hacer más difícil el acceso al empleo en Luxemburgo de un trabajador fronterizo que se encuentre en situación de desempleo¹⁴.

Por último, vale la pena recordar que el artículo 28 del Reglamento EURES prevé que un Estado miembro no podrá limitar el acceso a las medidas de activación por la única razón de que el trabajador pretenda beneficiarse de las mismas para encontrar un empleo en el territorio de otro Estado miembro.

7. EL ACCESO AL EMPLEO EN EL ESTADO DE ACOGIDA

El título I del Reglamento 492/2011 se titula “Del acceso al empleo”. En él se recoge tanto el principio general de igualdad de trato como algunos ejemplos de prácticas prohibidas.

El artículo 1 reconoce el derecho de todo ciudadano de la UE a acceder al empleo en otro Estado miembro en las mismas condiciones y con la misma prioridad que los nacionales.

El artículo 2 reconoce el derecho a los empresarios y a los trabajadores de otros Estados miembros a negociar y concluir contratos sin otras limitaciones que las legales.

El artículo 3 en su primer apartado declara la inaplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que tengan por finalidad o efecto exclusivo o principal, eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo. Esta podría considerarse una definición de discriminación indirecta que posteriormente fue refinada por la jurisprudencia del Tribunal. El apartado segundo de dicho artículo describe una serie de prácticas prohibidas por el principio de igualdad de trato en el acceso al empleo que

¹³ Sentencia de 11.01.2007 en el asunto C-208/05 ITC Innovative Technology Center GmbH.

¹⁴ Sentencia de 13.12.2012 en el asunto C-379/11 *Caves Krier* apartados 44-46.

debían ser moneda corriente en los años anteriores a la adopción del Reglamento en 1968 algunas de las cuales son difíciles de entender en la actualidad. Son prácticas prohibidas: el obligar a recurrir a procedimientos especiales de contratación para los extranjeros; el limitar o subordinar la oferta de empleo de otros Estados miembros por medio de prensa o de cualquier otro modo a condiciones distintas de las aplicables a los empresarios establecidos en el Estado; el subordinar el acceso al empleo a condiciones de inscripción en los servicios de empleo; el obstaculizar la contratación nominativa de trabajadores, cuando se trate de personas que no residan en el Estado.

El primer apartado del artículo 4 establece que las cuotas para extranjeros que puedan existir en determinadas empresas, ramas o regiones no son aplicables a los ciudadanos de la UE mientras que el segundo apartado establece que cuando en un Estado miembro la concesión de beneficios de cualquier naturaleza a las empresas esté subordinada al empleo de un porcentaje mínimo de ciudadanos nacionales, los ciudadanos de la UE se contarán como nacionales.

8. EL ACCESO A LAS VENTAJAS SOCIALES EN EL ESTADO DE ACOGIDA

En primer lugar conviene recordar que de acuerdo con el apartado segundo del artículo 7 del Reglamento 492/2011 el trabajador nacional de un Estado miembro se beneficiará en el territorio de otros Estados miembros de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales. Esta garantía constituye uno de los elementos fundamentales del Reglamento y es una pieza angular de la libre circulación de trabajadores. El Tribunal de Justicia ha dado una interpretación amplia a la noción de “ventajas sociales”. Así, entran dentro de esta definición todas las ventajas que, vinculadas o no a un contrato de trabajo, se otorgan con carácter general a los trabajadores nacionales en razón principalmente de su condición de trabajador o simplemente de residente en el territorio nacional y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros parece apropiada

porque puede facilitar su movilidad dentro de la Unión Europea¹⁵.

Las ventajas sociales incluyen en consecuencia tanto las prestaciones financieras destinadas a facilitar el acceso al empleo como las prestaciones de asistencia social y las prestaciones de seguridad social.

El Tribunal de Justicia ya había apuntado de manera incidental en su sentencia en el asunto Royer¹⁶ al derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a desplazarse a otro Estado Miembro con los fines previstos en el Tratado, especialmente *para tratar de iniciar o ejercer* en el mismo una actividad profesional. Asimismo, en su sentencia en el asunto Levin¹⁷, el Tribunal asoció los derechos derivados de la libre circulación de trabajadores con la condición de persona que realice una actividad por cuenta ajena *o que desee realizarla*.

No obstante en su sentencia en el asunto Lebon¹⁸ el Tribunal diferenció claramente a los trabajadores de la Unión, que gozan de la más amplia igualdad de trato con respecto a los nacionales incluyendo el acceso a las ventajas sociales, de los demandantes de empleo que solo gozan de la igualdad de trato con los nacionales en cuanto al acceso al empleo. En este asunto el Tribunal se pronunció sobre el derecho de una ciudadana francesa nacida en Bélgica y cuyo padre había trabajado también en Bélgica, a una prestación de asistencia social (el “minimex”) en Bélgica.

8.1. El acceso a las prestaciones financieras destinadas a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro (prestaciones tipo “Collins”)

El demandante de empleo de la UE, al no gozar de la condición de trabajador, solo gozaba de la igualdad de trato con respecto a los nacionales en cuanto al acceso al empleo pero

¹⁵ Sentencia de 27.3.1985 en los asuntos 249/83 Hoeckx y 122/84 Scrivner; Sentencia de 21.6.88 en el asunto 39/86 Lair.

¹⁶ Sentencia de 8.4.76. Asunto 48/75 Royer, apartado 31.

¹⁷ Sentencia de 23.3.82. Asunto 53/81 Levin, apartado 9.

¹⁸ Sentencia 18.6.87. Asunto 316/85 Lebon, apartado 26.

no en cuanto al acceso a las ventajas sociales¹⁹. Así lo interpretaba el Tribunal de Justicia hasta su sentencia en el asunto Collins de 2004. Este asunto se refería un subsidio de búsqueda de trabajo que se reconocía a los desempleados residentes habituales en el Reino Unido disponibles para trabajar, que buscasen activamente una ocupación, que estuvieran inscritos en la oficina de empleo y cuya renta no superase un determinado importe. En esta sentencia el Tribunal recordó que *“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 encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico”*. Después dictaminó que habida cuenta de la creación de la ciudadanía de la Unión y de la interpretación jurisprudencial del derecho a la igualdad de trato del que gozan quienes ostentan dicha ciudadanía, no es posible excluir del ámbito de aplicación de la libre circulación de trabajadores una prestación de naturaleza financiera destinada a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro²⁰. El Tribunal sin embargo consideró legítimo que un Estado miembro desee asegurarse de la existencia de un vínculo real entre el solicitante de subsidios que tengan el carácter de ventajas sociales y el mercado geográfico laboral de ese Estado. El Tribunal consideró que la existencia de este vínculo podría comprobarse, en especial, mediante la constatación de que la persona de que se trate ha buscado empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro afectado durante un periodo razonable. Para ello, consideró que un requisito de residencia en el Estado en cuestión es adecuado pero limitó la discrecionalidad del Estado de dos maneras: en primer lugar estableciendo que la aplicación por parte de las autoridades nacionales debe basarse en criterios claros y conocidos de antemano y debe existir un medio de impugnación jurisdiccional; en segundo lugar exigiendo que el periodo de residencia no vaya mas allá de lo necesario para que las autori-

dades nacionales puedan asegurarse de que el interesado busca realmente empleo en el mercado laboral en cuestión. Esta sentencia inauguró un amplio debate a nivel europeo por el temor de los Estados miembros tradicionalmente receptores de demandantes de empleo de la UE de que esto pudiera tener un efecto importante para la hacienda pública²¹. Dicho efecto no se ha materializado en la práctica aunque el debate sobre el llamado “turismo social” ha dominado la escena política europea durante los últimos años.

El Tribunal confirmó su jurisprudencia sobre el acceso a las prestaciones de naturaleza financiera destinadas a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro en sentencias posteriores.

En el asunto Ioannidis²², el Tribunal debía pronunciarse sobre una de las condiciones de acceso a un subsidio de desempleo concedido a los jóvenes que acababan de terminar sus estudios y buscaban su primer empleo en Bélgica (llamado “subsidio de espera”). El tribunal, tras reiterar su jurisprudencia en el asunto Collins sobre la accesibilidad para los demandantes de empleo de una prestación destinada a facilitar el acceso al empleo, dictaminó que el requisito de que los estudios secundarios debían haberse terminado exclusivamente en Bélgica era desproporcionado para demostrar la existencia de un vínculo real entre el solicitante del subsidio y el mercado laboral belga. Dicho requisito no era pues compatible con el tratado.

En los asuntos Vatsouras y Koupatantze²³, el Tribunal, aunque dejó al juez nacional la decisión sobre la naturaleza de la prestación de base a favor de los demandantes de empleo otorgada en Alemania, apuntó a que contenía elementos de una prestación destinada a facilitar el acceso al mercado de trabajo y no exclusivamente de asistencia social. Dicha prestación

¹⁹ Sentencia de 18.6.87 en el asunto 316/85 Lebon.

²⁰ Sentencia de 23.3.2004 en el asunto C-138/02 Collins.

²¹ MEULMAN, J. and DE WAELE, H. “Funding the Life of Brian: Jobseekers, Welfare Shopping and the frontiers of European citizenship”. Legal Issues of economic integration 31(4).

²² Sentencia de 15.09.2005 en el asunto C-258/04 Ioannidis.

²³ Sentencia de 4.06.2009 en los asuntos C-22/08 Vatsouras y C-23/08 Koupatantze.

debía por tanto ser accesible a los demandantes de empleo de la UE que tuvieran un vínculo real con el mercado laboral alemán.

En el asunto Prete²⁴, el Tribunal se pronunció otra vez sobre el subsidio de espera belga después de que se hubiera modificado la legislación tras la sentencia en el asunto Ioannidis. El requisito impuesto ahora consistía en haber cursado en un centro docente belga al menos seis años de estudios. El Tribunal, tras confirmar que la prestación debía ser accesible a los demandantes de empleo de la UE, volvió a considerar desproporcionado el citado requisito de seis años de estudio porque impedía que se tuvieran en cuenta otros elementos representativos que podrían demostrar la existencia de un vínculo real entre el solicitante del subsidio y el mercado laboral belga. El Tribunal pasó revista en este asunto a otros elementos que podían mostrar el vínculo entre el beneficiario del subsidio de espera y el mercado laboral belga: haber buscado empleo en el mercado laboral del Estado de acogida durante un periodo razonable; haber residido durante un periodo de tiempo razonable en dicho Estado; establecer la residencia conyugal en el Estado miembro de acogida tras haberse casado con un nacional de dicho Estado.

El alcance práctico de esta jurisprudencia parece ser muy limitado porque en la mayoría de los casos no será posible diferenciar estas prestaciones financieras de la asistencia social stricto sensu a la que, como veremos, los demandantes de empleo de la UE que no tienen la condición de trabajadores no tienen derecho en virtud del Derecho de la Unión. En efecto, las prestaciones para buscar empleo contienen inevitablemente importantes elementos de lo que puede clasificarse como asistencia social ya que normalmente excluyen a los beneficiarios con un determinado nivel de recursos.

8.2. El acceso a las prestaciones de asistencia social en el Estado de acogida

El artículo 24 de la Directiva 2004/38 titulado “Igualdad de trato” establece:

1. Con sujeción a las disposiciones específicas expresamente establecidas en el Tratado y el Derecho derivado, todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado miembro de acogida en base a la presente Directiva gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado en el ámbito de aplicación del Tratado. El beneficio de este derecho se extenderá a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente.

2. 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.

El Tribunal ha interpretado el concepto de asistencia social como abarcando *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*²⁵. Cuando se trate de prestaciones mixtas, que contengan elementos de asistencia social y de facilitación del acceso al mercado de trabajo, el Tribunal juzgó en su sentencia en el asunto Alimanovic que había que verificar la función preponderante de las mismas. El Tribunal concluyó que la prestación alemana en cuestión (parecida a la examinada en los asuntos Vatsouras y Koupatantze), era una prestación de asistencia social. Esto tiene im-

²⁴ Sentencia de 25.10.2012 en el asunto C-367/11 Prete.

²⁵ Sentencia de 19.09.2013 en el Asunto C-140/12 Brey apartado 61.

portantes consecuencias para los demandantes de empleo como veremos más adelante.

Antes conviene hacer un *excursus* sobre la más reciente jurisprudencia del Tribunal sobre el derecho a las prestaciones de asistencia social de los ciudadanos de la Unión que no ejercen una actividad económica.

Comenzaremos con la sentencia en el asunto Brey, Sentencia de 19.09.2013 en el Asunto C-140/12 Brey²⁶. El objeto del litigio era el derecho de unos pensionistas alemanes que mudaron su residencia a Austria a recibir un complemento de pensión que se otorga en ese país a los que reciben pensiones por debajo de un determinado importe. Dicho complemento de pensión estaba incluido en el anexo X del Reglamento nº 883/2004, titulado «Prestaciones especiales en metálico no contributivas» que, de acuerdo con el artículo 70 de dicho reglamento únicamente serán facilitadas en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan, y de conformidad con su legislación. El Tribunal tras determinar que dicho artículo 70 era solo una norma de conflicto, procedió a examinar si un Estado miembro podía supeditar la concesión de una prestación incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 883/2004 a un nacional de otro Estado miembro a la condición de que éste cumpliera los requisitos para disfrutar del derecho de residencia legal por más de tres meses. Sobre la base de la Directiva 2004/38 que, conviene recordar, fue adoptada el mismo día que el Reglamento, el Tribunal consideró que el Estado miembro de acogida puede imponer a los ciudadanos de la Unión, cuando éstos ya no tengan la condición de trabajador, restricciones legítimas por lo que respecta a la concesión de prestaciones sociales a fin de que éstos no se conviertan en una carga excesiva para el sistema de asistencia social de dicho Estado miembro. El Tribunal consideró que la solicitud de la prestación podría ser un indicio de que no dispone de recursos suficientes para evitar convertirse en una carga excesiva para la asistencia social de dicho Estado a efectos del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38. No obstante, amortiguando las consecuencias radicales que tal interpre-

tación podría tener para el derecho de libre circulación de los ciudadanos de la Unión económicamente inactivos, el Tribunal determinó que la misma Directiva 2004/38 se opone a la automaticidad de la exclusión por el Estado miembro de acogida de los nacionales de otros Estados miembros que no ejerzan una actividad económica del disfrute de una determinada prestación social. El Tribunal determinó que las autoridades nacionales debían proceder a un examen de proporcionalidad de la exclusión y tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia, así como la cuantía de la citada prestación y el período durante el que ésta se abone, y, por tanto, la carga que dicha prestación representa para el conjunto del sistema de asistencia social de ese Estado.

En los tres años siguientes el Tribunal se pronunció sobre tres asuntos procedentes de Alemania en los que los órganos jurisdiccionales remitentes se preguntaban sobre la compatibilidad con el principio de igualdad de la exclusión de determinados ciudadanos de la Unión Europea de la percepción de prestaciones sociales previstas en la legislación nacional. Son los asuntos Dano, Alimanovic y Garcia-Nieto.

En el asunto Dano²⁷ la Sra. Dano y su hijo, ciudadanos rumanos, aunque él nacido en Alemania, residían desde 2010 en la casa de la hermana de la Sra. Dano en Leipzig y a sus expensas. La Sra. Dano percibía determinadas prestaciones sociales por su hijo. Sin embargo, su solicitud de prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo con arreglo al libro II del Código alemán de la Seguridad Social fue denegada por las autoridades alemanas. La cuestión que se planteaba era si el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad formulado en los artículos 18 TFUE, 24 apartado 2 de la Directiva 2004/38 y 4 del Reglamento 883/2004 se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual se excluye, total o parcialmente, a nacionales de otros Estados miembros que no ejercen una actividad económica de determinadas prestaciones sociales que sí se garantizan a los nacionales del Estado miembro que se encuentran en la misma situación.

²⁶ Sentencia de 19.09.2013 en el Asunto C-140/12 Brey.

²⁷ Sentencia de 11.11.2014 en el Asunto C-333/13 Dano.

El Tribunal (en composición de Gran Sala) primero determinó que los artículos 24 de la Directiva 2004/34 y 4 del Reglamento 883/2004 concretaban el principio de no discriminación recogido en el artículo 18 TFUE y por tanto no era necesario acudir a interpretar este último. Después descartó que a la Sra. Dano le fuera aplicable la excepción a la igualdad de trato del apartado 2 del citado artículo 24 de la Directiva 2004/38 ya que llevaba más de tres meses en Alemania y no buscaba empleo ni entró en Alemania para trabajar allí. Finalmente determinó que, en lo que respecta al acceso a prestaciones sociales como las que eran objeto del litigio principal, el ciudadano de la Unión solo puede reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado miembro de acogida si su estancia en el territorio de dicho Estado cumple los requisitos de la Directiva 2004/38. En particular, hay que determinar si el ciudadano de la Unión que no ejerce una actividad económica cumple los requisitos del artículo 7 apartado 1 letra b de la Directiva 2004/38 entre los que figura la obligación de disponer para sí y los miembros de su familia de recursos suficientes y ello sin tener en cuenta las prestaciones sociales solicitadas. El Tribunal sobre la base de las comprobaciones efectuadas por el tribunal alemán remitente consideró que la Sra. Dano no disponía de recursos suficientes y, por ello, no podía invocar el principio de no discriminación del artículo 24 apartado 1 de la directiva. De esto concluyó que la Directiva 2004/38 no se oponía a la legislación alemana en cuestión. Como tampoco se oponía el artículo 4 del Reglamento 883/2004 que permite condicionar la prestaciones en metálico no contributivas a la exigencia de que los ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas cumplan los requisitos para disponer del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38. Por último, el Tribunal desestimó examinar la posibilidad de fundamentar el acceso de la Sra. Dano a las prestaciones controvertidas en los artículos 1, 20 y 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dado que el establecimiento de los requisitos y el alcance de las prestaciones es competencia de los Estados miembros y la citada carta solo se aplica cuando los Estados miembros aplican el derecho de la Unión.

Casi un año más tarde, el Tribunal se pronunció sobre el acceso a las prestaciones por los demandantes de empleo de la Unión Europea que han perdido su empleo en Alemania en el asunto *Alimanovic*²⁸ que se abordará más adelante (punto 8.2.2).

Y unos pocos meses después, apoyándose en las consideraciones desarrolladas en el asunto *Dano* fundamentalmente, el Tribunal decidió sobre la conformidad con el Derecho de la Unión de la denegación de las prestaciones de asistencia social al ciudadano de otro Estado miembro durante los primeros tres meses de su estancia en Alemania en el asunto *García-Nieto*²⁹. En este asunto, el Tribunal consideró que el apartado 2 del artículo 14 de la Directiva 2004/38 permitía expresamente dicha exclusión y que la misma es conforme con el objetivo de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social de los Estados miembros perseguido por la Directiva. El Tribunal argumentó que dado que los Estados miembros no pueden exigir que los ciudadanos de la Unión posean medios de subsistencia suficientes y una cobertura médica personal cuando realizan una estancia de tres meses de duración como máximo en sus respectivos territorios sobre la base del artículo 6 de la Directiva 2004/38, es legítimo no obligar a dichos Estados miembros a hacerse cargo de esos ciudadanos durante ese periodo.

Esta línea jurisprudencial ha sido criticada desde distintos ángulos como un viraje del Tribunal respecto a su jurisprudencia sobre la ciudadanía anterior³⁰. Para entenderla

²⁸ Sentencia de 15.09.2015 en el asunto C-67/14 *Alimanovic*.

²⁹ Sentencia de 25.02.2016 en el asunto C-299/14 *García-Nieto*.

³⁰ *Vid.* entre otros: CARRASCOSA BERMEJO, D. «Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social 127 pag 195 y ss; O'BRIEN, C. «Unity in adversity. EU Citizenship, Social Justice and the Cautionary Tale of the UK» Hart Publishing 2017; O'BRIEN, C. «The ECJ sacrifices EU citizenship in vain: *Commission v UK*» CMLRev 2017; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. «Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE». La Ley Unión Europea n. 32 2015;

mejor habría que situarse en el vivo debate de esos años sobre el llamado “turismo social”. No está de más recordar que en abril de 2013 los Ministros de Interior de Austria, Alemania, los Países Bajos y el Reino Unido enviaron una insólita carta conjunta al ministro de justicia irlandés (que a la sazón ostentaba la presidencia de turno del Consejo Europeo de Justicia e Interior) para solicitar medidas a nivel europeo que “corrigieran” los derechos asociados a la libre circulación que otorgaba el Derecho europeo³¹. A falta de datos concretos que respaldaran las alegaciones contra la libre circulación, la Comisión Europea encargó un estudio con el fin de objetivar el debate sobre el “turismo social” cuyos resultados contradecían la percepción que parecía existir en la opinión pública en muchos casos atizada por cierta prensa y ciertos partidos políticos³². En diciembre de 2013 la Comisión Europea adoptó una Comunicación³³ en la que además de recordar que los ciudadanos de la UE tienden a ser contribuyentes netos al sistema de protección social del Estado de acogida y que no hay correlación entre la generosidad de los sistemas de protección social y los flujos de ciudadanos de la UE, recordaba a los Estados miembros que el derecho de la Unión ya contiene instrumentos adecuados para combatir el fraude y el abuso y que es responsabilidad de los Estados miembros utilizarlos.

Un año después, en mayo de 2015, el partido conservador británico ganó las elecciones con una promesa electoral de convocar un

referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea. Uno de los temas más controvertidos en el debate público en el Reino Unido fue el de la inmigración y en particular el número de ciudadanos de la Unión Europea que se habían establecido allí provenientes de los Estados que habían accedido a la Unión Europea en la ampliación de 2004³⁴. Con el fin de contribuir a la permanencia del Reino Unido en la UE se negociaron una serie de instrumentos jurídicos excepcionales que entre otras cosas preveían una cláusula de salvaguarda que permitiría que el Reino Unido limitara el acceso de los trabajadores de la UE a las prestaciones sociales durante los cuatro primeros años de estancia³⁵. Se esperaba que estas “concesiones”, que solo se pondrían en marcha en caso de que el Reino Unido optase por la permanencia en la Unión Europea, ayudarían en su campaña a los partidarios de la permanencia.

En la misma secuencia de acontecimientos se podría seguramente ubicar la sentencia del Tribunal en el asunto *Comisión/Reino Unido*³⁶ en el que no se trataba de prestaciones de asistencia social. En dicho asunto la Comisión demandó al Reino Unido por infracción al Reglamento 883/2004 por la exigencia a los solicitantes de ciertas prestaciones de seguridad social no solo de residir habitualmente en el Reino Unido, como requiere el Reglamento, sino también de tener derecho a residir en el Reino Unido. En su sentencia, el Tribunal, en primer lugar, apoyándose en sus sentencias en los asuntos *Brey* y *Dano* consideró que es cada Estado miembro el que decide las condiciones que deben reunir los solicitantes de las prestaciones y que el requisito de la legalidad de la residencia no es por tanto contrario al Derecho de la UE. En segundo lugar el Tribunal estimó que dicho requisito constituía una

THYM, D. «The elusive limits of solidarity: Residence Rights of and social benefits for economically inactive Union Citizens» CMLRev 52. 2015; THYM, D. «When Union citizens turn into illegal migrants: the Dano case» European Law REview 2015; SHUIBHNE, N. «Limits rising, duties ascending: the changing legal shape of Union citizenship» CMLRev 52 2015; VERSCHUREN, H. «Free movement or benefit tourism : the unreasonable burden of Brey» European Journal of Migration law 2014, Vol 16. 2; VERSCHUREN, H. «Preventing benefit tourism in the EU: a narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in Dano» CLMRev 52 2015.

³¹ http://docs.dpaq.de/3604-130415_letter_to_presidency_final_1_2.pdf

³² <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10972&langId=en>

³³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0837:FIN:EN:PDF>

³⁴ Aquí convendría recordar que fue precisamente el Reino Unido uno de los más firmes defensores de la ampliación hacia los 10 nuevos Estados miembros y que, al contrario que otros Estados miembros, renunció a adoptar las medidas que le otorgaban los tratados de adhesión para limitar el flujo de trabajadores de los nuevos Estados durante un periodo transitorio.

³⁵ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XG0223\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XG0223(01)&from=EN)

³⁶ Sentencia de 14.06.2016, Asunto C-308/14 *Comisión/Reino Unido*.

discriminación indirecta pero que estaba justificado por la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado especialmente al tratarse de personas procedentes de otros Estados miembros que no ejercen actividades económicas. Además, el Tribunal dio por buena la alegación del Reino Unido de que no procedía a una verificación sistemática de la legalidad de la residencia contrariamente a las alegaciones de la Comisión. El Tribunal concluyó desestimando el recurso de la Comisión con su sentencia de 14 de junio de 2016, es decir, justo una semana antes del referéndum, cuyo resultado es bien conocido.

Unos meses después la Comisión presentó su propuesta de revisión del Reglamento 883/2004³⁷ en la que añadió un apartado 2 al artículo 4 sobre la igualdad de trato cuya intención es codificar la jurisprudencia citada más arriba: *Un Estado miembro podrá exigir que el acceso de una persona que no ejerza una actividad económica y resida en dicho Estado miembro a sus prestaciones de seguridad social esté supeditada a la condición de tener derecho de residencia legal.*

Queda por ver si el nacionalismo de bienestar o nacionalismo social que parece haberse instalado en las opiniones públicas y que parece informar el debate político en algunos Estados miembros (sobre todo los más ricos) en los últimos años ha llegado para quedarse. Es una posibilidad que contrasta con el periodo en que la ciudadanía de la Unión pareció alumbrar una limitada solidaridad con los ciudadanos de la Unión sin recursos procedentes de otros Estados miembros.

8.2.1. *El demandante de empleo de la UE que se desplaza a otro Estado miembro para buscar allí trabajo*

Como hemos visto más arriba, la libertad de circulación del artículo 45 TFUE implica el derecho del ciudadano de la Unión a desplazarse libremente a otro Estado miembro y a permanecer en él durante como mínimo seis meses con el fin de buscar empleo sin más requisito que la posesión de un carnet de identidad nacional o un pasaporte válidos.

El derecho de la UE no le exige que disponga de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su periodo de residencia ni de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos como sí le exige a los ciudadanos de la UE que no ejercen una actividad económica. A cambio, el derecho de la UE otorga al Estado miembro de acogida la facultad de no concederle el derecho a prestaciones de asistencia social durante el periodo de búsqueda de empleo.

8.2.2. *El demandante de empleo de la UE que ha perdido su empleo en el Estado miembro de acogida*

El mero hecho de que un trabajador deje de ejercer una actividad económica no implica que pierda automáticamente la condición de trabajador y los derechos que el Derecho de la UE vincula a dicha condición³⁸. De este modo, el trabajador de la UE que se convierte en demandante de empleo en el Estado de acogida conserva el estatuto de trabajador protegido por el artículo 45 TFUE siempre que haya quedado en paro involuntario debidamente acreditado y se haya inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo.

En el asunto Alimanovic el Tribunal (en composición de Gran Sala) se pronunció sobre la situación de una ciudadana sueca y su hija a las que, tras haber trabajado en Alemania durante menos de un año, las autoridades alemanas denegaron una prestación que presentaba elementos de asistencia social y de prestación financiera destinada a facilitar el acceso al empleo (prestación tipo “Collins”).

El Tribunal primero consideró que la función preponderante de las prestaciones discutidas es garantizar los medios de subsistencia mínimos necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana y por tanto no se pueden calificar como prestaciones tipo Collins sino que deben calificarse como prestaciones de asistencia social en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38.

³⁷ COM(2016) 815 final de 13.12.2016.

³⁸ Sentencia de 21.6.88 en el asunto 39/86 Lair; sentencia de 19.6.14 en el asunto Jessy Saint Prix.

El Tribunal también juzgó que la Directiva 2004/38 establece un sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador que pretende asegurar el derecho de residencia y el acceso a las prestaciones sociales y ya toma en consideración los diferentes factores que caracterizan la situación individual de cada solicitante de una prestación social, y en especial la duración del ejercicio de una actividad económica.

De este modo, el demandante de empleo que ha trabajado durante menos de un año en el Estado de acogida y queda en situación de paro involuntario debidamente acreditada conserva la condición de trabajador y todos los derechos asociados a dicha condición durante seis meses como mínimo siempre que mantenga su inscripción en el servicio de empleo y cumpla las obligaciones que dicho servicio le imponga (artículo 7 apartado 3 letra c de la Directiva).

Esta era la situación de la Sra. Alimanovic y su hija por lo que el Tribunal concluyó que habían perdido la condición de trabajadoras y todos los derechos asociados a la misma.

Asimismo el Tribunal apreció que la Sra. Alimanovic y su hija no podían prevalerse del artículo 14 apartado 4 letra b de la Directiva que establece que los ciudadanos de la Unión que entraron en el territorio del Estado miembro para buscar trabajo no pueden ser expulsados mientras puedan demostrar que siguen buscando empleo y tienen posibilidades reales de ser contratados³⁹. Para el Tribunal la excepción a la igualdad de trato contemplada en el artículo 24 apartado 2 de la Directiva para dichos ciudadanos permite al Estado miembro denegarles la prestación de asistencia social reclamada.

³⁹ Conviene señalar que en sus conclusiones de 26 de julio de 2017 en el asunto C-442/16 Gusa, el Abogado General Sr. Wathelet consideró que en contra de lo que sugiere el apartado 58 de la sentencia en el asunto Alimanovic la estructura del artículo 14 de la Directiva 2004/38 y el tenor literal del artículo 14, apartado 4, letra b), de esta no permiten concluir que dicha disposición sea el fundamento de un derecho de residencia. En su sentencia de 20.12.2017 el Tribunal no se pronunció sobre este extremo.

El Tribunal finalmente, consideró que el plazo de seis meses desde el cese de la actividad profesional durante el que se mantiene el derecho a la ayuda social permite garantizar un alto grado de seguridad jurídica y de transparencia a la vez que se ajusta al principio de proporcionalidad. Por lo tanto una apreciación individual no es necesaria. En este punto el Tribunal difirió sustancialmente de la opinión del Abogado General que había estimado era necesario un examen de las circunstancias individuales del solicitante de la ayuda que tuviera en cuenta diversos factores: la importancia y regularidad de los ingresos así como el periodo durante el que puede abonarse la prestación solicitada y la existencia de un vínculo real con el Estado de acogida.

Aunque el Tribunal no se pronunció en el asunto Alimanovic sobre la situación del demandante de empleo de la UE que ha trabajado durante un año o más en el Estado de acogida y queda en situación de paro involuntario debidamente acreditada (artículo 7 apartado 3 letra b de la Directiva), siguiendo su razonamiento sobre la progresividad del sistema basado en la duración del ejercicio de la actividad económica así como en la seguridad jurídica y transparencia que establece, cabe concluir que dicho demandante de empleo conserva la condición de trabajador y todos los derechos asociados a dicha condición mientras mantenga su inscripción en el servicio de empleo y cumpla las obligaciones que ello conlleva.

Las medidas adoptadas por los Estados miembros para transponer en el derecho nacional el apartado 3 letra b) del artículo 7 muestran ciertas divergencias de interpretación con respecto a algunas nociones⁴⁰. En primer lugar algunos Estados miembros han regulado el mantenimiento del derecho de residencia para los demandantes de empleo de la UE que han trabajado mas de un año pero no les han mantenido la cualidad de trabajadores con los derechos que ello comporta. En cuanto al carácter involuntario del paro, en

⁴⁰ Sandra MANTU. Online Journal of Free Movement of workers within the European Union N. 7. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=7690&furtherPubs=yes>

los Estados que regulan dicho requisito se utilizan diversos factores comunes para definir el carácter voluntario: el parado ha dejado su empleo; es la conducta del parado la que le ha llevado al paro; el empleo termina de mutuo acuerdo entre empresario y trabajador. Algunos Estados regulan detalladamente los requisitos para determinar que el paro es involuntario. En Gusa⁴¹, el Tribunal determinó que la expresión “paro involuntario” remite “a un estado de abandono de la actividad profesional, por cuenta ajena o por cuenta propia, debido a una falta de trabajo por causas ajenas a la voluntad del interesado, como una situación de recesión económica”. En lo relativo a la inscripción en el servicio de empleo aunque los requisitos difieren entre los Estados miembros, en general se requiere i) estar des-emplorado; ii) tener capacidad para trabajar y tener disposición para ello; iii) buscar trabajo activamente y iv) concluir un acuerdo con el servicio de empleo detallando las obligaciones del demandante de empleo.

9. EL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ESTADO MIEMBRO DE ACOGIDA

Si el demandante de empleo de la UE ha trabajado en el Estado miembro de acogida y continua residiendo en dicho Estado, tendrá derecho a percibir las prestaciones de seguridad social, incluidas las prestaciones de desempleo, si cumple los requisitos establecidos en la legislación de dicho Estado y sin perjuicio de la aplicación del Reglamento 883/2004.

El demandante de empleo de la UE que ha trabajado en un Estado miembro y que pierde su empleo puede desplazarse a otro Estado miembro y “exportar” allí la prestación de desempleo bajo ciertas condiciones.

Igualmente el demandante de empleo de la UE que ha trabajado como trabajador fronterizo puede inscribirse en el servicio de empleo del Estado miembro donde trabajaba además del Estado miembro de residencia.

Para un desarrollo de los derechos a prestaciones de Seguridad Social de los demandantes de empleo de la UE nos remitimos a otros artículos en este mismo número de la revista.

10. CONCLUSIÓN

Cincuenta años después de la adopción del Reglamento 1612/68 que cerró la etapa transitoria para instauración de la libertad de circulación de trabajadores, la Comunidad Económica Europea compuesta por seis Estados miembros se ha convertido en la Unión Europea con 28 miembros. A pesar del aumento exponencial de las disparidades de todo tipo entre los Estados miembros, las normas sobre libre circulación de trabajadores siguen siendo prácticamente las mismas. El Tribunal de Justicia ha tenido un carácter instrumental en adaptar la interpretación de dichas reglas a la realidad social y política. La mirada a través del prisma de la ciudadanía de la Unión aportó importantes novedades. La crisis económica con el repliegue de los Estados sobre sí mismos ha supuesto un frenazo en la expansión de una interpretación que fue saludada como el reconocimiento de un principio de solidaridad entre los ciudadanos de la Unión. La figura del demandante de empleo procedente de otro Estado miembro que había sido prácticamente ignorada por el legislador, ha vuelto a tomar relevancia. De ahí la importancia de definir lo más precisamente posible su estatuto jurídico. Ese ha sido el objetivo de este artículo.

⁴¹ Sentencia de 20 de diciembre de 2017 en el asunto Gusa C-442/16 apartado 31.

RESUMEN

La figura del ciudadano de la Unión Europea que busca empleo en un Estado miembro distinto del que él es nacional (demandante de empleo de la Unión Europea) no está explícitamente contemplada por el Derecho de la Unión. Las fuentes de sus derechos son el artículo 45 TFUE, el Reglamento 492/2011, la Directiva 2004/38 y el Reglamento 883/2004. Su estatuto jurídico ha ido construyéndose en estratos superpuestos conforme a la evolución del Derecho de la Unión y el Tribunal de Justicia ha sido instrumental en la definición de dicho estatuto.

En primer lugar, el presente artículo examina los antecedentes del artículo 45 TFUE en lo relativo al acceso al empleo en otro Estado miembro.

En segundo lugar, se abordan los fundamentos jurídicos del derecho de residencia del demandante de empleo de la UE en otro Estado miembro y en particular la sentencia en el asunto Antonissen: el demandante de empleo de la UE tiene derecho a desplazarse a un Estado miembro distinto del de su nacionalidad para buscar empleo y a residir allí a ese fin durante al menos seis meses. Pasado ese plazo no puede ser expulsado si demuestra que continúa buscando empleo y tiene verdaderas oportunidades de ser contratado.

En tercer lugar, se examina el derecho del demandante de empleo de utilizar la asistencia de la red europea EURES (normalmente antes de desplazarse a otro Estado miembro) o de los servicios de empleo del Estado de acogida (una vez que se ha desplazado a otro Estado miembro).

En cuarto lugar, se considera el derecho a las medidas de activación en situaciones transfronterizas y en particular las sentencias ITC y Caves Krier. El Tribunal consideró que el condicionar el beneficio de medidas de activación al hecho de que el nuevo empleador pagase cotizaciones sociales o que el demandante de empleo estuviera inscrito en el servicio de empleo en el Estado otorgante del beneficio constituían una restricción a la libre circulación o una discriminación indirecta.

En quinto lugar, se considera el derecho clave al acceso al empleo en otro Estado miembro en igualdad de condiciones con los nacionales y se mencionan algunos ejemplos de prácticas prohibidas.

En sexto lugar se mira el acceso del demandante de empleo de la UE a las distintas prestaciones en el Estado de acogida con los diferentes derechos de acceso.

La sentencia en el asunto Collins (confirmada por las sentencias en los asuntos Ioanidis, Vatsouras y Koupantze, Prete y Alimanovic) reconoce que los demandantes de empleo de la UE tienen derecho a las prestaciones financieras destinadas a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro pero el Estado miembro puede exigir que exista un vínculo entre el demandante de empleo y el mercado laboral del Estado de acogida.

La Directiva 2004/38 en el apartado segundo de su artículo 24 permite a los Estados miembros excluir del acceso a las prestaciones de asistencia social a los demandantes de empleo de otros Estados miembros que no hayan trabajado previamente en el Estado de acogida. Se examina también la jurisprudencia del Tribunal respecto al acceso a la asistencia social por parte de los ciudadanos de la UE que no ejercen actividades económicas: asuntos Brey, Dano, García-Nieto.

La Directiva 2004/38 en el apartado 3 letras b) y c) de su artículo 7 establece un sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador que pretende asegurar el derecho de residencia y el acceso a las prestaciones sociales para los demandantes de empleo de la UE que hayan trabajado en el Estado de acogida. Siempre que el empleo se haya perdido involuntariamente y que el trabajador se inscriba en el servicio de empleo, el que haya trabajado por un periodo de menos de un año conserva la cualidad de trabajador (y sus derechos) como mínimo durante seis meses; el que haya trabajado un año o más conserva la condición de trabajador indefinidamente (por supuesto siempre que cumpla las condiciones que el servicio de empleo le imponga, que no pueden ser distintas que las que impone a los nacionales). Se examina la sentencia del Tribunal en el asunto Alimanovic.

Por último, para completar el panorama, se menciona el derecho al acceso a prestaciones de seguridad social.

Palabras clave: Artículo 45 TFUE; Reglamento 492/2011; Directiva 2004/38; Reglamento 2016/589; demandante de empleo; acceso al empleo; servicios de empleo; EURES; prestaciones financieras para facilitar el acceso al empleo; prestaciones de asistencia social; ventajas sociales; trabajador; mantenimiento de la condición de trabajador; paro involuntario; inscripción en el servicio de empleo; Antonissen C-292/89; Comisión/Bélgica C-344/95; Lebon C-316/85; Collins C-138/02; Vatsouras C-22/08; Prete C-367/11; Dano C-333/13; García-Nieto C-299/14; Alimanovic C67/14; ITC; Comisión/Reino Unido C-308/14; Brexit.

ABSTRACT The concept of European Union citizens seeking employment in a Member State other than that of which they are nationals (job seekers in the European Union) is not explicitly considered by the EU law. The sources of their rights are Article 45 TFEU, Regulation 492/2011, Directive 2004/38 and Regulation 883/2004. Their legal status has been built in overlapping layers according to the evolution of the EU law and the Court of Justice has been instrumental in the definition of the aforementioned Statute.

Firstly, this article examines the background of Article 45 TFEU regarding access to employment in another Member State.

Secondly, the legal foundations of the right of residence of EU job seekers in another Member State and, particularly, the judgement in the Antonissen case are addressed: EU job seekers have the right of movement to a different Member State of their nationality to seek employment and reside there for that purpose for at least six months. After that period, job seekers cannot be expelled if they show that they continue to look for a job and have real opportunities to be hired.

Thirdly, we examine the rights of job seekers to use the assistance of the European network EURES (usually before moving to another Member State) or the employment services of the host State (once they have moved to another Member state).

Fourth, the right to activation measures in cross-border situations and, in particular, the ITC and Caves Krier judgements are considered. The Court considered that conditioning the benefit of activation measures to the fact that the new employer should pay for social contributions or that the job seeker was registered in the employment service of the State granting the benefit, represented a restriction on free movement or an indirect discrimination.

Fifth, this paper also underlines the key right to access to employment in another Member State under equal conditions with nationals and some examples of prohibited practices are mentioned.

Sixth, the access of EU job seekers to different benefits in the host State with different access rights is also discussed.

The judgement in the Collins case (confirmed by the judgements in the Ioanidis, Vatsouras and Koupatantze, Prete and Alimanovic cases) recognizes that EU job seekers are entitled to financial benefits aimed at facilitating the access to employment in the labour market of a Member State but this State may require that there is a bond between the job seeker and the labour market of the host State.

Directive 2004/38 in the second paragraph of Article 24 allows Member States to exclude job seekers from other Member States who have not previously worked in the host State from access to social assistance benefits. Jurisprudence of the Court regarding access to social assistance by citizens of the EU who do not engage in economic activities is also examined: Brey, Dano, García-Nieto cases.

Directive 2004/38 in section 3 letters b) and c) of its article 7 establishes a gradual system of maintenance of the status of workers that tries to guarantee the right of residence and access to the social benefits for EU job seekers who have worked in the host State. Provided that employment has involuntarily been lost and that the worker is registered in the employment services, those who have worked for a period of less than one year maintain the status of workers (and their rights) for at least six months; those who have worked at least one year keep the status of worker indefinitely (of course, provided that they meet

the conditions imposed by the employment services, which cannot be different from those imposed on nationals). The judgement of the Court in the Alimanovic case is examined.

Finally, to complete the picture, the right to access Social Security benefits is mentioned.

Keywords: Article 45 TFEU; Regulation 492/2011; Directive 2004/38; Regulation 2016/589; job seeker; access to employment; employment services; EURES; financial support to provide access to employment; social assistance benefits; social advantages; worker; maintenance of the status of worker; involuntary unemployment; registration in the employment services; Antonissen C-292/89; Commission / Belgium C-344/95; Lebon C-316/85; Collins C-138/02; Vatsouras C-22/08; Prete C-367/11; Dano C-333/13; Garcia-Nieto C-299/14; Alimanovic C67/14; ITC; Commission / UK C-308/14; Brexit.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas*

Posting abroad in the EU and social dumping in the single market: state of the art and outlook

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO**

1. INTRODUCCIÓN

Antes de nada, quería agradecer la generosidad del Profesor de la Villa dedicando este número monográfico sobre Derecho de la Unión Europea a difundir los resultados actualizados de una Jornada técnica que coordiné sobre "Movilidad laboral en la Unión Europea y Seguridad Social: problemas, soluciones y perspectivas", y que se celebró en la Universidad Pontificia Comillas (ICADE)¹. Extiendo ese agradecimiento a todos los autores que participan en este número por compartir sus conocimientos y reflexiones

* Este artículo se cerró el 22-12-2018. Forma parte de los resultados del Proyecto de investigación DER 2017-83040-C4-3-R "La Seguridad Social internacional y comunitaria: conflictos de leyes y protección social" financiado por la Agencia Estatal de Investigación (antes MINECO). Plan Estatal 2013-2016 Retos-Proyectos I+D+i. Referencia: DER2017-8340-C4-3-R.

** Profesora Doctora Asociada de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE) y Universidad Complutense Madrid (UCM). Acreditada Titular Universidad por la ANECA. Experta Jurídica de la Red MoveS de la Comisión Europea. Editora en Lefebvre.

¹ Esta Jornada fue organizada por la Red de expertos jurídicos independientes FreSso financiada por la Comisión Europea (sobre libre circulación y coordinación de la Seguridad Social) que, en la actualidad, ha sido sustituida por la Red MoveS <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=1098>. Este evento contó con el apoyo de ICADE y Lefebvre.

sobre las materias abordadas. Siempre es una alegría poder colaborar con tan grandes y entusiastas profesionales².

Este artículo tiene como objetivo el análisis detenido de la figura de los trabajadores desplazados en el marco de los Reglamentos de coordinación. No obstante, a mi modo de ver, conviene inicialmente separar un poco la lupa de tal objetivo para ver el cuadro completo. Muestro así, en primer lugar, una panorámica de la intervención del Derecho de la Unión Europea sobre este fenómeno del desplazamiento tanto desde el punto de vista laboral como de Seguridad Social. Mi intención no es sólo subrayar las diferentes perspectivas o las conexiones existentes entre ambas regulaciones, sino también poner de manifiesto que existe una tendencia común, no tan evidente, en las reformas a la que están siendo sometidos ambos bloques normativos.

En segundo lugar, apporto algunos datos que considero importantes para conocer la magnitud del fenómeno. Se trata de poder responder

² En el seminario también participaron Bernard SPIEGEL y Axel SPECKER cuyas interesantes ponencias en inglés, no han podido ser traídas a este número. Aunque no fue ponente en el seminario este número tiene la fortuna de recoger un artículo de la Profesora Olga FOTINOPOULOU BASURKO.

a preguntas tan básicas como cuántos desplazados hay en el Espacio Económico Europeo y Suiza, de dónde vienen o a dónde se dirigen los principales flujos de desplazamiento, a qué se dedican los desplazados o cuánto tiempo permanecen en el Estado de destino.

En tercer lugar, ya centrándome en los Reglamentos de coordinación, estudiaré, desde una perspectiva crítica pero eminentemente práctica, los requisitos para aplicar la norma de conflicto especial contenida en el Reglamento de base (Rgto. CE/883/2004 art. 12). Norma que permite mantener la vinculación exclusiva con la Seguridad Social del Estado de origen del desplazamiento y su consiguiente cotización. El análisis, distingue, necesariamente, entre los requisitos establecidos en relación con los trabajadores por cuenta ajena, más exigentes que los establecidos para los trabajadores autónomos que también pueden decidir desplazarse temporalmente a realizar su actividad profesional a otro Estado miembro. Como se verá, mi estudio se centra en la determinación de la legislación aplicable y la aplicación de esta norma de conflicto, sin aludir a la cobertura de Seguridad Social de los desplazados. Colectivo que precisamente, por seguir vinculado a la misma normativa nacional de Seguridad Social, no se enfrenta a los problemas propios del migrante³.

En cuarto lugar, examinaré algunas cuestiones sobre la expedición del documento portátil PD A1 por la Administración de Seguridad Social del Estado de origen acreditando la correcta vinculación del desplazado a ese sistema de Seguridad Social. Mi análisis se centrará en sus efectos jurídicamente vinculantes para la Administración y los propios tribunales del Estado de destino que pudieran estar en

³ Las escasas peculiaridades se refieren especialmente a la asistencia sanitaria o al desempleo abordadas en otros artículos publicados en este mismo número monográfico y firmados por Laura MOLINS y Alfredo NOVALES. En relación a su derecho a las prestaciones familiares y la incidencia que pudieran tener las sentencias del Tribunal de Justicia sobre los asuntos Bosmann (C-352/06) y Hudkzinski (C-611/10) en el reconocimiento de estas prestaciones por la mera residencia, ver CARRASCOSA BERMEJO, D. "Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, nº 32/2012, formato electrónico, (http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=12&numero=32&t).

desacuerdo con su validez, corrección o incluso considerarlo fraudulento. Se trata de una cuestión polémica sobre la que existe una compleja y reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia que merece ser analizada⁴.

En quinto lugar, analizaré los principales cambios que respecto del desplazamiento traerán los nuevos Reglamentos de coordinación pendientes de aprobación. La propuesta de la Comisión de diciembre de 2016 ya ha sufrido ciertos cambios en las Orientaciones Generales del Consejo y en la Posición común adoptada ante el Parlamento Europeo⁵.

Finalmente, se recogen algunas conclusiones que considero relevantes respecto a la materia analizada.

2. MARCO NORMATIVO DEL DESPLAZAMIENTO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Los desplazados no son migrantes al uso, no buscan trabajo en otro Estado miembro⁶, ya están contratados por una empresa y en su nombre desarrollan, de forma temporal, una actividad profesional en el Estado de destino. Además, desde el punto de vista de los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, también puede haber trabajadores autónomos que decidan desempeñar temporalmente la actividad profesional que ya venían desarrollando en su Estado de origen, "auto-desplazándose" a otro Estado miembro. Las principales libertades fundamentales para el mercado interior, origen del proyecto comunitario, conviven en este tipo de situaciones. Junto con la libre circulación de trabajadores o incluso la libertad de establecimiento de los autónomos, reconocidas ambas a los nacionales comunitarios y que implican

⁴ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2018-0386+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN>

⁵ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2018-0386+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN>

⁶ Es lo que se denominó la "movilidad en el empleo" LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A. *Droit Social International et Européen*. Dalloz. Paris. 1985. P. 195 s.

un derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad, también se encuentra la libre prestación de servicios⁷. Esta última libertad, como es sabido, protege la movilidad internacional de los comunitarios, incluso cuando existan restricciones a su libre circulación, pero también de los extracomunitarios en situación administrativa regular que pueden ser desplazados por sus empresas para prestar un servicio en otro Estado miembro.

En todo caso, aunque el desplazamiento no sea migración, parece evidente que no es neutral respecto de los mercados laborales nacionales. Impacta sobre el empleo del Estado de origen, donde habrá menos población activa disponible y, según el perfil de los desplazados, puede favorecer la carencia de trabajadores cualificados o incluso estar asociada a la denominada "fuga de cerebros" (*brain drain*). Por otro lado, en el Estado miembro de destino, puede considerarse que los desplazados ocupan puestos de trabajo que podrían haber sido cubiertos por trabajadores nacionales.

Además, el desplazamiento, como parte indisoluble de la libre prestación de servicios, puede ser un factor determinante de la competencia internacional entre empresas máxime si se tienen en cuenta las importantes diferencias entre los costes de Seguridad Social y salariales existentes entre los distintos Estados miembros⁸. Indudablemente tales diferencias

pueden generar *dumping social*, en el sentido de que pueden suponer una presión a la baja respecto de las condiciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores del Estado de destino debido a la competencia que ejercen las empresas que desplazan trabajadores con inferiores derechos laborales, especialmente sus salarios sobre los que, además, pueden pagar menos cotizaciones⁹. Las empresas de los Estados miembro con estándares sociales inferiores usan esta ventaja competitiva para entrar en mercados laboralmente más tuiti-

uploads/2017/10/The-consequences-of-restricting-the-Posted-Workers-Directive-final.pdf. También se ha señalado que "un trabajador cobra de media en Rumania unos 500 euros netos al mes. En Alemania, un empleado con tareas y formación similares a las del rumano percibe 1.500 euros." ABELLAN, L. "La brecha salarial entre 'las dos Europas' supera los 1.000 euros". El País 21-9-2017 https://elpais.com/economia/2017/09/20/actualidad/1505935030_296084.html "La brecha salarial entre los trabajadores de la Unión Europea puede llegar al 860%. Y es que, mientras un empleado en Dinamarca cobra, de media, 3.637 euros brutos al mes, en Bulgaria la cifra se reduce hasta los 380 euros" ver <https://www.idealista.com/news/finanzas/laboral/2017/05/23/746566-asi-esta-el-sueldo-medio-en-cada-pais-de-la-union-europea-ranking>

⁹ No existe un consenso en la definición de *dumping social*. Ver un recorrido por todas las tendencias y su impacto en el Derecho de la UE en Kiss, M. "Understanding social dumping in the European Union" European Parliamentary Research Service. Members' Research Service. March 2017, PE 599.353. Desde un punto de vista económico, se ha considerado que el *dumping social* se puede generar por el desplazamiento de trabajadores desde países con condiciones laborales inferiores, pero también por la compra de productos de países con condiciones laborales inferiores o por la propia deslocalización de empresas a esos países. SAPIR, A. (2015). Single Market and Social Protection Friends or Foes? Presentation prepared for an Informal Meeting of Labour Ministers (revised). Disponible en <http://bruegel.org/wp-content/uploads/2016/03/Sapir-2015-Stockholm.pdf>. En ese mismo sentido se pronuncia también la Comisión <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471>. También se ha apuntado que junto con la perspectiva mencionada (la que genera el propio mercado al prescindir de productores con más altos costes laborales frente a los más económicos) el *dumping social* puede generarse por la decisión política de devaluar las condiciones laborales para ganar competitividad internacional y atraer inversión. Ver distinguiendo ambos supuestos ABLE, J. y STANDING, G. "Social dumping, ¿catch-up or convergence? Europe in a comparative global context", Journal of European Social Policy, Vol. 10, No. 2/2000, p. 99-119. Esta perspectiva, a mi modo de ver, cobra especial relevancia cuando los Gobiernos tienen poco margen de maniobra en ámbitos distintos del social, tal y como sucede en la zona euro. Así sucedió de hecho en España durante la crisis https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/11/01/midinerol/1509543477_239291.html

⁷ La libre circulación es un derecho de los trabajadores comunitarios por cuenta ajena (TFUE art. 45). Derecho del que adolecen, en principio, los trabajadores extranjeros en situación administrativa regular cuyos derechos de Seguridad Social, no obstante, están protegidos por los Reglamentos de coordinación (ver Rgto. UE/1231/2011). También carecen de esa libertad los trabajadores comunitarios por cuenta propia que gozan de la libertad de establecimiento (TFUE art. 49 s. y/o de la libre prestación de servicios (TFUE art. 56 s.). En el marco de esta última cabe que una empresa desplace trabajadores extracomunitarios o comunitarios con restricciones a la libre circulación que al no entrar en el mercado laboral de destino no han de solicitar autorización de trabajo, bastando con la que poseen en origen (TJ 27-3-90 asunto Rush Portuguesa C-113/89).

⁸ Se ha señalado que, conforme a datos de la OCDE, en 2016 la productividad por hora trabajada era 4 veces mayor en Luxemburgo e Irlanda, los países con las tasas más elevadas, frente a Letonia a la cola de la lista y 2, 5 veces más alta que en Dinamarca. ZULOAGA D. "The consequences of restricting the Posted Workers Directive". EPICENTER. European Policy Information Center. P.1 <http://www.epicenternetwork.eu/wp-content/>

vos, pero no hay que olvidar que, simultáneamente, empresas de estos Estados más desarrollados buscan y contratan sus servicios en un intento de reducir sus costes y desbancar a otras empresas nacionales¹⁰.

En este contexto, cabe preguntarse si estos movimientos son propios de un mercado único con libre prestación de servicios donde cada Estado usa sus armas o si, por el contrario, estamos ante una competencia desleal. También es necesario dilucidar si es saludable que Europa participe en esta competición a la baja respecto de las condiciones sociales, propia de la globalización, o si la UE debe intentar promover una convergencia al alza. En todo caso, ¿cómo hacerlo? ¿es lícito buscar esa convergencia a costa del mercado, eliminando la ventaja competitiva de los Estados menos desarrollados? ¿hay que enfocar sólo en los casos de fraude y abuso para luchar exclusivamente contra ellos? ¿de qué trata este debate? ¿de la protección de los trabajadores desplazados o de la lucha por el mercado y la protección del tejido empresarial nacional? Este es el polémico contexto dónde se ubica la regulación de la UE sobre desplazamiento que, a su vez, puede generar más mercado único, más competencia o, por el contrario, ser un instrumento que trate de neutralizar el *dumping social*¹¹ y la competencia a la baja de las condiciones laborales, adoptando medidas que, en ocasiones, suelen tener tintes proteccionistas.

Como veremos, conviven dos tipos de intervenciones del legislador comunitario. Por un lado, una muy temprana plasmada en los Reglamentos de coordinación que, incidiendo sobre el Derecho Público de la Seguridad Social y la determinación de la norma nacional aplicable, genera más mercado pero que puede producir *dumping social*. Por otro lado, desde la segunda mitad de los años 90, se encuentra la recogida en la Directiva de desplazamiento,

que incide sobre las condiciones laborales de los desplazados y que es claramente una norma antidumping que restringe parcialmente la libre prestación de servicios. Respecto de ambos bloques normativos explicaré su lógica, por qué se mueven en direcciones opuestas, cuáles son sus puntos de conexión y cuál es su actual tendencia al hilo de las reformas que se están llevando a cabo.

2.1. Derecho de la UE y la Seguridad Social de los desplazados

Los sistemas de Seguridad Social no están armonizados, el legislador comunitario, desde hace ya 60 años, tan sólo los coordina en unos Reglamentos que muy básicamente tienden a impedir la pérdida de derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes y la doble cotización. El Reglamento 3/1958/CEE¹², contenía ya una norma de conflicto ad hoc para los trabajadores desplazados que exceptuaba la regla general de aplicación de la Ley de Seguridad Social del lugar de trabajo (*Lex loci laboris*) a este colectivo¹³. Rompiendo la igualdad de trato que tal norma general propicia entre trabajadores, los desplazados pueden temporalmente (durante 12 meses en ese momento) seguir vinculados y pagando cotizaciones a la Ley de Seguridad Social del Estado de origen.

Esta regla de conflicto especial no es una simple ocurrencia del legislador comunitario. Por el contrario, el mantenimiento del aseguramiento en origen está presente en todas las normas de coordinación internacionales de Seguridad Social¹⁴.

Esta importante excepción a la *lex loci laboris* se mantiene en los Reglamentos vigentes, aplicables desde el 1-5-2010 (en el

¹² Se trata del primer Reglamento comunitario con contenido material, no procedimental.

¹³ Sobre las peculiaridades, naturaleza y principales características de la norma de conflicto comunitarias en el marco de un Derecho público de Seguridad Social ver CARRASCOSA BERMEJO, D. La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71. CES. Madrid. 2004 ver p. 107 s.

¹⁴ Ver sobre estas normas presentes, por ejemplo, en todos los Convenios bilaterales suscritos por España ver Memento de Seguridad Social 2018, Lefebvre el Derecho.

¹⁰ Ver los supuestos de hecho de pronunciamientos recientes del Tribunal de Justicia como TJ asunto 6-9-18, asunto Alpenrid C-527/16 o TJ 6-2-18, asunto Altun y otros C-359/16.

¹¹ Ver DELARUE, M.R. "Detachment and dumping social: une approche théorique" y VAN DESSEL, L. "Detachment et dumping social: une vision pratique"/W.A.A. VAN REGENMORTIEL, A. y JORENS, Y. (ed) "Le detachment international" La Charte Brugge. 1995. P. 575 s. y p. 600 s.

de base Rgto. CE/ 883/2004 art. 12 y en el de desarrollo Rgto. CE/987/2009 art. 14)¹⁵. Desde el punto de vista de su ámbito de aplicación esta excepción se aplica, por un lado, a todas las empresas que realizan una actividad continuada y sustancial en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, EEE o Suiza, incluyendo también a las empresas de trabajo temporal¹⁶. Respecto de los trabajadores desplazados afectados, hay que mencionar, por un lado, a los ciudadanos comunitarios, bien sean trabajadores por cuenta ajena -aunque existan restricciones temporales a su libre circulación- o por cuenta propia que deciden ellos mismos desplazarse¹⁷. También protege, por otro lado, a los nacionales de terceros Estados en situación administrativa regular que se encuentren en tal situación de transnacionalidad¹⁸. Desde un punto de vista temporal, la actual norma es incluso más generosa, pues si se cumplen los requisitos establecidos, cada vez más complejos (ver apartado III de este artículo), la vinculación al sistema de Seguridad Social de origen puede mantenerse si la duración previsible del desplazamiento no supera los 24 meses¹⁹.

Obviamente, si las cotizaciones a la Seguridad Social en el Estado miembro de origen son inferiores a las del Estado miembro donde se produce el desplazamiento, esta regulación puede generar *dumping social*. ¿A qué razones obedece esta importante excepción a la *lex loci laboris*? La respuesta es clara, los Regla-

mentos parecen buscar más mercado interior y que este funcione lo más simplificada-mente posible²⁰.

En primer lugar, pretenden eliminar los obstáculos a la libre circulación de trabajadores de la que muchos desplazados disfrutaban, con carácter general, los derechos de Seguridad Social de los desplazados que no pueden verse perjudicados por la movilidad en el mercado único. Pero ¿cómo se protegen tales derechos? La vinculación a la legislación de Seguridad Social del Estado de destino no implica necesariamente mayor protección, pues puede tratarse de una norma mucho menos tuitiva con carácter general o respecto de ciertas prestaciones. La coordinación no deja de ser una lotería ante sistemas de Seguridad Social tan dispares. Además, téngase en cuenta que la relación jurídica de Seguridad Social, a diferencia de la laboral, no se agota en el momento presente, no es una foto fija, pues tal vinculación genera una expectativa de derecho que puede concretarse muchos años después, tras una lenta maduración, cuando una contingencia como la jubilación se materializa²¹.

Simultáneamente, y en segundo lugar, los Reglamentos con esta excepción a la *lex loci laboris* pretenden fomentar la interpenetración económica mediante la promoción de la libre prestación de servicios. Quieren favorecer que las empresas participen en el mercado único.

Finalmente, y conectando con los objetivos anteriores, los Reglamentos pretenden evitar las complicaciones administrativas que puede suponer la aplicación temporal de la *lex loci laboris* para Administraciones, empresas y trabajadores. Es evidente que la continuidad en el marco de la legislación de Seguridad Social de origen facilita la gestión a la empresa, mantiene sus costes fijos (salvo, como se

¹⁵ Una visión global de los Reglamentos en CARRASCOSA BERMEJO, D. "Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social en la Unión Europea (Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009)" /en/ V.A.A. (CASAS BAAMONDE, M^a E. y GIL ALBURQUERQUE, R. Dir.). Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia. Lefebvre-El Derecho y FIDE. 2018. P. 509-556.

¹⁶ TJ 10-2-00, asunto FIS C-202/97 y TJCE 17-12-1970 asunto Manpower 35/70.

¹⁷ Los Reglamentos se aplican a los trabajadores autónomos desde 1981 (ver Rgto. CE/1390/1981).

¹⁸ Ver Rgto. CE/1231/2010. Posibilidad ya existente, en el marco de los Reglamentos precedentes en virtud del Rgto. CEE/859/2003.

¹⁹ Como se verá, en ocasiones tales periodos pueden superarse al amparo de los acuerdos entre las Administraciones de Seguridad Social de origen y destino "en beneficio de determinadas personas o categorías de personas" (Rgto. CE/883/2004 art. 16).

²⁰ Ver (Manpower C-35/70; Plum C - 404/98; FIS C-202/97). Todos estos principios se compilan en los apartados 2º y 3º de la Exposición de motivos de la Decisión CACSS nº A2.

²¹ En este sentido DESDENTADO BONETE, A. "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004" Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. Nº 64. P. 20.

verá, incrementos salariales derivados de la aplicación de la Directiva de desplazamiento) pero siempre dentro de un contexto normativo conocido y sin tener que asumir obligaciones ante administraciones de Seguridad Social foráneas. Desde el punto de vista de los trabajadores ¿es deseable la igualdad de trato en el Estado de destino y su vinculación al sistema de Seguridad Social de ese Estado? ¿vale la pena pagar cotizaciones por un período breve de trabajo aislado a un sistema de Seguridad Social que se desconoce y que no es necesariamente más protector? ¿favorece la cobertura de los trabajadores tener meses de cotización aislados en diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social y quedar abocados a la aplicación sistemática de los Reglamentos cada vez que soliciten una prestación? La respuesta, a mi modo de ver, es necesariamente negativa mientras nos mantengamos en la lógica de la temporalidad del desplazamiento. La totalización²² o la igualdad de trato ayudan a proteger los derechos en curso de adquisición, pero lamentablemente no son la panacea. Basta leer los artículos de este número monográfico sobre cálculo y reconocimiento de pensiones o también sobre la prestación de desempleo para darse cuenta de la complejidad y demora que la aplicación de los Reglamentos puede generar. Las administraciones involucradas, obviamente, querrán recibir las mayores cotizaciones posibles de quienes trabajan en su territorio, pero el control y las complicaciones que pueden suponer la aplicación de los Reglamentos a posteriori quizás no compensen tal ganancia.

Por último, ¿cuáles son las perspectivas de reforma de los Reglamentos? Como se pondrá de manifiesto en los apartados III y IV de este artículo, aunque la regla general no ha cambiado tanto, los nuevos Reglamentos como la propia jurisprudencia están añadiendo más requisitos y complejidad al marco normativo del desplazamiento en su lucha contra el fraude y el abuso de derecho. Así sucede claramente respecto de la prohibición de reemplazo, la

²² De hecho, los Estados pueden decidir no calcular una pensión en el marco de los Reglamentos cuando las cotizaciones realizadas a su sistema sean inferiores a un año y no generen derecho a pensión en el marco de esa legislación (Rgto. CE/883/2004 art.57).

propia contratación destinada al desplazamiento, o la simple expedición de los PD A1. En su marco, el desplazamiento se complica administrativamente y, en consecuencia, se dificulta la libre prestación de servicios.

2.2. Derecho de la UE y condiciones laborales de los desplazados

Desde un punto de vista laboral, mucho más brevemente al existir un artículo en este monográfico dedicado a tal regulación, firmado por la profesora Fotinoupolou Basurko²³, conviene mencionar que, tras la sentencia del Tribunal de Justicia sobre el asunto Rush Portuguesa C-113/89, se impulsó la aprobación de la Directiva de desplazamiento (Directiva 96/71/CE) que fue incorporada a la legislación española a través de la Ley 45/1999. Esta Directiva se mantuvo al margen de la denominada Directiva Bolkenstein (Directiva 123/2006/CE) que camina en dirección opuesta, intentando avanzar en la consolidación del mercado interior de servicios, que ya cumplió 25 años y al que todavía le queda un amplio margen de crecimiento²⁴.

²³ Ver recientemente sobre esta materia GARATE CASTRO, J. "Capítulo 21. La protección de los trabajadores en los desplazamientos temporales transnacionales" /en/ WAA. (CASAS BAAMONDE, M^a E. y GIL ALBURQUERQUE, R. Dir.). Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia. Lefebvre-EI Derecho y FIDE. 2018. P. 579-613. WAA (FOTINOPOULOU BASURKO, O. coord.) *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier. 2017. RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER M. "El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE" *Derecho de las Relaciones Laborales*. Nº 5 mayo 2016 p. 407 s. LLOVERA VILA, *El desplazamiento temporal de trabajadores y normas de protección del Estado de prestación temporal de servicios*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, ISSN 2174-7504, Nº. 132, 2017 págs. 189-216. CARBALLO PIÑEIRO, L. "El Derecho Internacional privado y los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea" *Actum social*. Lefebvre. 2017.

²⁴ "Todos los países de la UE han experimentado un creciente proceso de terciarización de su economía. Según datos de Eurostat, mientras en 1970 los servicios representaban el 36% del PIB y apenas el 31% del empleo de los entonces Estados miembros, en 2015 el sector servicios representa más del 70% del PIB - aunque con diferencias entre países: del 90% de Luxemburgo al 55% en Rumania- y es su principal fuente de empleo, suponiendo aproximadamente un 70% de su masa laboral y nueve de cada 10 nuevos empleos". Según estos autores el mercado interior de servicios no crece al ritmo esperado, lo que se debe, entre otras razones, a problemas regulatorios.

De forma muy simplificada, la Directiva de desplazamiento impone la aplicación parcial de la ley laboral del Estado de destino, cuya regulación primará respecto de ciertas condiciones laborales frente a la ley nacional aplicable al contrato de los desplazados. En efecto, esta aplicación preferente sólo afecta a un estatuto de ciertos aspectos laborales, algunos tan importantes como el salario mínimo, fijado conforme a la normativa nacional y los convenios colectivos de aplicación general²⁵. También afecta a los períodos máximos de trabajo o mínimos de descanso, las vacaciones mínimas, la prevención de riesgos laborales, la protección de mujeres embarazadas y jóvenes o la prohibición de discriminación (Directiva 96/71/CE art. 3.1 y Ley 45/1999 art. 3).

La aplicación de esa normativa laboral foránea ha de ser necesariamente temporal, aunque en la actualidad, al menos en la norma nacional de transposición vigente, no se fije un período temporal concreto. Solamente se excluyen de su ámbito de acción ciertos desplazamientos breves, de menos de 8 días, pudiendo excluir el legislador nacional los que sean inferiores a un mes (Directiva 96/71/CE art. 3.2 y siguientes).

Desde el punto de vista de su ámbito de aplicación, la Directiva se aplica a las empresas que operan en el EEE y Suiza, incluidas las ETT, pues también se contempla el suministro de mano de obra por estas o por empresas de servicios. La Directiva, en todo caso, sólo afecta a los trabajadores por cuenta ajena, quedando fuera de su ámbito de aplicación los trabajadores autónomos, que, no obstante, ya estaban cubiertos por los Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social. De hecho, en el marco de los distintos tipos de prestaciones

De manera, que parecería lógico implementar, junto con otras medidas, vías de armonización, y promover la expansión del "principio de país de origen" ÁLVAREZ SUÁREZ, M.; MADRAZO GARCÍA LOMANA, R. "La consolidación del mercado interior de servicios. Un reto irrenunciable para la economía de la Unión Europea" / en/ Mercado Interior Europeo 25 años después, ICE Revista de Economía. Mayo-Junio nº 902/2018. P. 48 y 62

²⁵ La determinación del salario mínimo se convirtió en una cuestión realmente espinosa en algunos sistemas, las partidas que debían incluirse o la eficacia de los convenios no siempre es *erga omnes* planteaban en su determinación. Algunas de estas cuestiones se solventaron, con una visión bastante amplia, en la sentencia TJUE 12-2-15, Asunto Sähköalojen, C-396/13.

de servicios transnacionales posibles sólo se aplica a quienes siguen manteniendo la relación laboral con la empresa de origen. Por otro lado, la nacionalidad no es un requisito porque no se trata de libre circulación de trabajadores sino de prestación de servicios, de manera que se ha entendido que las empresas pueden utilizar a sus trabajadores extranjeros, en situación administrativa regular en el Estado de origen, para prestar un servicio transnacional. En principio, esta posibilidad también existe respecto de los nacionales comunitarios con restricciones transitorias a la libre circulación de trabajadores, así se estableció en la propia sentencia Rush Portuguesa. Sin embargo, hay que destacar que en las siguientes ampliaciones de la UE algunos Estados miembros blindaron ciertos sectores respecto de la entrada de trabajadores nacionales de tales Estados a través de la prestación de servicios²⁶.

De la Directiva de desplazamiento conviene destacar los tres siguientes aspectos:

En primer lugar, que la aplicación de este estatuto mínimo es una norma antidumping que impide a las empresas prevalerse completamente de su posible ventaja competitiva laboral en sectores donde la mano de obra es el elemento fundamental. Se establece una igualdad parcial respecto de algunas condiciones laborales especialmente relevantes, aunque algunas sean realmente dificultosas de determinar en el marco de ciertas normativas laborales. La eficacia antidumping de la directiva se manifiesta incluso indirectamente en el campo de la Seguridad Social, aunque esté fuera de su ámbito objetivo de aplicación. En efecto, si se incrementan los salarios de los desplazados por aplicación de la normativa laboral del Estado de destino, también subirán las cotizaciones que por estos trabajadores se deberán pagar al sistema de Seguridad Social del Estado de origen al que, en principio, siguen vinculados.

²⁶ Ver recientemente respecto de Croacia la posibilidad de que Austria limite el desplazamiento de trabajadores croatas, a los que exige contrato de trabajo, conforme al Acta de Adhesión cuando el desplazamiento sea un suministro de mano de obra ver TJUE 14-11-18, asunto Danieli C-18/17. Ver también sobre limitaciones al desplazamiento de ciudadanos húngaros ver la sentencia de 18-6-15, asunto Martin Meat C-586/13.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha reiterado que la limitación que impone a la libre prestación de servicios sólo puede llegar hasta las condiciones consensuadas en la Directiva, es una directiva de máximos²⁷. En definitiva, no es la típica directiva social de mínimos que los Estados pueden mejorar, alegando una mejor protección de los trabajadores desplazados. La ampliación del estatuto mínimo está prohibida, pues obstaculiza la libre prestación de servicios.

En tercer lugar, debe subrayarse que la Directiva tiene un carácter netamente tuitivo o de mejora de las condiciones laborales de los trabajadores desplazados, la norma laboral del destino que sólo puede mejorar las condiciones mencionadas respecto de la regulación contenida en la Ley nacional aplicable a su contrato de trabajo. Así, la Directiva puede considerarse neutra, al menos desde un punto de vista salarial, para las empresas de los Estados miembros con condiciones laborales muy tuitivas que mantendrán sin cambios las condiciones laborales de sus desplazados, siempre que superen las establecidas en la legislación del Estado de destino. En efecto, la Directiva y su transposición sólo incide sobre las empresas de los Estados miembros menos desarrollados que serán las únicas que deberán mejorar las condiciones de sus trabajadores cuando los desplazan a Estados socialmente más tuitivos. De tal forma que se puede afirmar que para una empresa luxemburguesa la Directiva será, en casi todos los supuestos, irrelevante.

¿Cómo ha evolucionado esta normativa tras las sucesivas ampliaciones de la UE (la

de los Estados del este en 2004 o la adhesión de Bulgaria y Rumanía en 2007 y finalmente la de Croacia en 2013)?

En primer lugar, hay que mencionar la Directiva 2014/67/UE que, como típica Directiva de garantía de cumplimiento (*enforcement*), no modifica el articulado de la precedente pero si interviene con la intención de “impedir, evitar y combatir cualquier abuso o cualquier elusión de las normas aplicables por parte de las empresas que sacan un provecho indebido o fraudulento de la libre prestación de servicios”²⁸. El legislador comunitario pone el foco en la competencia desleal, en el abuso y el fraude que han de ser abolidos y trata de mejorar en ese sentido la implementación de la Directiva 96/71 y su interpretación común. La Directiva 2014/67 intensifica el control sobre las “empresas buzón” (*letterbox companies*) que pueden ser definidas como aquellas carentes de actividad real y sustancial en el Estado de origen y que se limitan a desplazar trabajadores prevaliéndose de la ventaja que supone la aplicación de condiciones laborales inferiores. También favorece la cooperación entre instituciones nacionales para garantizar la efectividad en el Estado miembro de origen de las sanciones administrativas, las multas, impuestas en el Estado de destino. Paralelamente se incrementan las obligaciones administrativas de las empresas que desplazan²⁹ y se trata de facilitar el acceso a la información respecto de normativas laborales foráneas que han de respetar y, por tanto, conocer. Esta norma sí tuvo reflejo normativo en nuestro ordenamiento, el Real Decreto-ley 9/2017 no sólo modificó la propia Ley 45/1999, también la LISOS o la normativa sobre ETT. Por su relevancia práctica conviene que mencionar el Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social (ITSS) nº 97/2016 que, adelantándose a la normativa nacional de transposición, ya establecía las bases reforzadas de dicho control. Esta nueva Directiva sin duda restringe la libre prestación de servicios, siempre con el loable propósito de poner coto al abuso y al fraude. La distinción

²⁷ Así quedó reflejado en las polémicas sentencias del Tribunal de Justicia sobre los asuntos Viking C-438/05, Laval C-341/05 o Ruffert C-346/06 o Comisión y Luxemburgo C-319/06. Postura puesta de manifiesto, entre otros muchos autores, por BÜCKER, A. y WARNECK, W. “Viking -Laval-Ruffert: consequences and policy perspectives”. ETUI. 2010 Brussels. P. 10. Ver también, por ejemplo, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La dimensión social del mercado interior» (Dictamen de iniciativa) 2011/C 44/15, que considera muy críticamente que tal circunstancia “crea además falseamientos de la competencia dentro de los Estados miembros y en el mercado interior, dado que las empresas del país están obligadas a respetar las normas nacionales o los convenios colectivos, en tanto que las empresas competidoras de otros Estados miembros pueden aplicar normas mínimas”.

²⁸ Ver punto 7 de su propia exposición de motivos.

²⁹ Se impone la obligación de inscripción en determinados registros, también la de disponer de un representante en el Estado de destino o la conservación de determinados documentos.

entre el desplazamiento lícito y el abusivo, o simplemente ilegal, marca la frontera entre la competencia justa dentro del mercado único y la desleal³⁰. Las inspecciones nacionales podrán actuar ante el incumplimiento de las obligaciones laborales mencionadas, levantando acta de infracción y/o liquidación. Sin embargo, en el ámbito de la Seguridad Social, ante la ausencia de los PD A1 que puede ser “un indicio de que la situación no debe caracterizarse como un desplazamiento temporal” o cuando se dude de su validez o corrección, su acción es más limitada. Como recoge el propio Criterio de la ITSS, la inspección debe comunicar la incidencia a la TGSS para que esta, a su vez, se ponga en contacto con su homólogo en el Estado de origen e inicie un procedimiento de diálogo y control de su propio PD A1, pues sólo dicha institución foránea podría retirar el documento lo que abriría la opción a un aseguramiento en el marco del sistema del Estado de destino (ver más ampliamente Apartado IV de este artículo).

En segundo lugar, una nueva y trascendental modificación de la Directiva de desplazamiento se produjo a través de la Directiva (UE) 2018/957³¹, cuya transposición por las normas nacionales sólo será aplicable a partir del 30-7-2020. Si la regulación del desplazamiento siempre se debatió entre la protección de la libre prestación de servicios y la protección de los trabajadores desplazados, a mi modo de ver, la nueva Directiva parece decantarse por esta segunda opción, al amparo de las que considera razones imperiosas de interés general que estima necesarias y proporcionadas³².

El proceso de aprobación de la Directiva mostró un agrio enfrentamiento entre las diferentes posturas político-económicas de los Estados miembros que, amparándose en diferentes argumentos, defendían hasta las últimas consecuencias sus respectivos tejidos empresariales³³. Esta Directiva responde al mantra repetido por la Comisión de “garantizar la misma remuneración por el mismo trabajo realizado en el mismo lugar” que la considera un gran avance social, pero ¿para quién exactamente? Sin afán exhaustivo, tan sólo mostraré en los siguientes párrafos algunos ejemplos de su futura incidencia:

Por primera vez, la Directiva incorpora los tiempos al desplazamiento y distingue entre dos tipos de desplazamiento: el corto (con una duración de hasta 12 o a lo sumo 18 meses si hay acuerdo entre administraciones nacionales), calificando de desplazamiento largo, el que supera tales períodos. En el marco de los desplazamientos cortos, el estatuto mínimo mencionado crece cualitativa y cuantitativamente. En primer lugar, se exige el abono de la misma remuneración, ya no el salario mínimo, junto con los mismos complementos o reembolsos que en concepto de viaje, alojamiento o manutención se impongan en la normativa del Estado de destino. Sea lo que sea esta nueva remuneración, es, sin duda, difícil de determinar, incluso en sistemas de relaciones laborales como el español con convenios sectoriales *erga omnes* que coexisten con descuelgues y convenios de empresa de aplicación preferente. En cualquier caso, se trata de un concepto mucho más amplio que el de

³⁰ Ver sobre la importancia de esta distinción MASLAUSKITE, K. “Posted workers in the EU: State of play and regulatory evolution” Notre Europe. Jacques Delors Institute. Policy Paper 107. 2014 <http://institutdelors.eu/publications/posted-workers-in-the-eu-state-of-play-and-regulatory-evolution/?lang=en>

³¹ Sobre su tormentosa negociación y su gestación ver GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. “El proceso de reforma de la Directiva 96/71: ¿llega finalmente la reforma tantos años anunciada?” en VV.AA. (LOPEZ TERRADA, E. Dir.) *La internacionalización de las relaciones laborales: principales cuestiones procesales, laborales y fiscales*. Tirant lo Blanch 2017. Valencia. P. 133 a 179 y la completa bibliografía que allí se cita.

³² Ver el apartado 24 de su exposición de motivos que parece entender que antes existía un desequilibrio ahora corregido: “La presente Directiva establece un marco equilibrado en

materia de libertad de prestación de servicios y de protección de los trabajadores desplazados, que es no discriminatorio, transparente y proporcionado, a la vez que respetuoso con la diversidad de los sistemas nacionales de relaciones laborales”.

³³ España a pesar de que, como veremos, desplaza más que recibe desplazados, finalmente se decantó por apoyar su aprobación, según la prensa con la promesa de proteger al sector del transporte que ha quedado fuera de su aplicación y a la espera de una modificación de su normativa *ad hoc* (ver Directiva (UE) 2018/957 art. 3.3). Ver sobre la inicial postura española aliada con Polonia <https://www.efe.com/efe/espana/politica/espana-y-polonia-unen-su-voz-ante-la-directiva-de-ue-los-trabajadores-desplazados/10002-3312553>. Ver sobre el cambio de postura de España https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/03/01/midinerio/1519902332_792944.html

salario mínimo al que se obligaba previamente. Mucho más llamativo es el nuevo régimen jurídico del desplazamiento largo, pues en su marco la Directiva prescribe la igualdad de trato, esto es, la aplicación completa de la norma laboral del Estado de destino que fagocita a ley nacional que viniera rigiendo el contrato de trabajo del desplazado. Esta última sólo mantiene su virtualidad en relación con los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de resolución del contrato de trabajo, con inclusión de las cláusulas de no competencia y los denominados regímenes complementarios de jubilación.

Sin lugar a duda, estas últimas medidas van a tener un fuerte impacto en la libre prestación de servicios de empresas establecidas en Estados miembros con estándares laborales inferiores, al menos cuantitativamente hablando³⁴. El legislador comunitario establece un cordón sanitario para los desplazados de los Estados menos desarrollados, intentando evitar el dumping social, el efecto contagio, la caída de los salarios, pero lastrando simultáneamente el desarrollo de sus economías³⁵. De verdad ¿alguien cree que con su aplicación habrá más trabajadores desplazados protegidos? ¿habrá más igualdad de trato con los trabajadores del Estado de destino o más justicia

³⁴ Se ha sugerido que en los Estados miembros de la Europa de los 13 existen derechos sociales inferiores cuantitativamente, acordes a su nivel de vida, pero no se ha constatado que estos mercados estén menos regulados desde el punto de vista social. Ver en este sentido, ZULOAGA, D. "The consequences of restricting the Posted...". *Op. cit.* p. 1.

³⁵ Parte de la de la doctrina considera que estas medidas no solucionarán las divergencias en productividad entre Estados miembros sino que limitará la posibilidad de que las empresas de los Estados miembros y se debilitará el mercado único "It is imperative to recognise that the internal market comprises heterogeneous economies at different levels of development. Output and productivity data reflect these differences and they suggest that divergences in worker remuneration are a product of real factors, not member state legislation. Forcing 'equal pay for equal work in the same place' will not help to close productivity gaps, but it will reduce the ability of businesses in poorer countries to compete, and thereby it will weaken the single market." *Ibidem* p.3. En un sentido similar ver también TRZECIAKOWSKI, R. "Restrictions on the posting of workers: protectionism against the poorer member states." 4Liberty.eu, 21 September 2017 <http://4liberty.eu/restrictions-on-the-posting-of-workers-protectionism-against-the-poorer-member-states/>

social? A mí modo de ver, a partir del verano de 2020, en la Europa de los 15, donde se concentran los desplazamientos, lo que encontraremos serán menos trabajadores desplazados desde los Estados con menor nivel de vida, con sistemas laborales más precarios y devaluados por la crisis (empleados en empresas procedentes de la Europa de los 13 o del sur de Europa). Y esto será así porque a estas empresas, a pesar de realizar un desplazamiento lícito, no abusivo o fraudulento, difícilmente les resultará rentable afrontar las nuevas obligaciones retributivas o la propia igualdad de trato que la nueva Directiva impone en el supuesto de un desplazamiento largo. En definitiva, existirá menos mercado interno donde las empresas puedan amortiguar la crisis económica y los mercados laborales de destino, los de la Europa de los 15, estarán menos presionados a la baja, podrán mantener mejor sus estándares. Para los nacionales comunitarios de los Estados menos desarrollados que ya conozcan esos mercados siempre quedará la emigración. Pueden intentar conseguir rentas más altas buscando empleo en tales Estados como meros migrantes, en este caso con plena igualdad de trato laboral en el Estado de destino. Finalmente, respecto de los niveles de desplazamiento de las empresas de la Europa de los 15, la nueva Directiva tendrá poco o ningún impacto, dependiendo del carácter más o menos tuitivo de sus normas laborales, por lo que mantendrán su actividad internacional o incluso la incrementarán asumiendo la cuota de mercado de la que han sido expulsados las empresas que no puedan asumir los nuevos costes labores.

En suma, como se ha intentado poner de manifiesto, existe interrelación entre ambas intervenciones normativas del legislador comunitario y su tendencia actual, a mi modo de ver, es clara: se dificulta el desplazamiento y el mercado interior se restringe para los Estados que más lo necesitan.

3. ALGUNOS DATOS SOBRE EL DESPLAZAMIENTO INTRACOMUNITARIO

¿Cuántos desplazados hay? Aunque resulte increíble, de acuerdo con los últimos estudios

publicados³⁶, actualmente seguimos sin saber con exactitud cuántos trabajadores desplazados hay. Así lo reconoce el considerando 5º de la exposición de motivos de la nueva Directiva (UE) 2018/957 que acaba de modificar a la de desplazamiento (Directiva 96/71). Las cifras disponibles son meras estimaciones fundadas en el número de PD A1 emitidos. Esa información poco a poco se irá cruzando con la remitida por los Estados miembros aprovechando las nuevas obligaciones empresariales derivadas de la implementación de las medidas previstas en la Directiva enforcement (2014/67/UE). Información que deberá ser facilitada al Comité de expertos sobre desplazamiento (Expert Committee on Posting of Workers ECPW)³⁷. Puede haber algunos desajustes entre ambas fuentes de información, los autónomos no están incluidos en el ámbito subjetivo de la Directiva de desplazamiento, además hay empresas que solicitan un PD A1 cada vez que un empleado suyo realiza un viaje profesional a otro Estado miembro, por ejemplo, para asistir a una reunión o recibir formación, sin que exista una prestación de servicios asociada y, por tanto, no se produzca comunicación alguna vía IMI.

Respecto de la información específica sobre la actividad desarrollada, como veremos, los PD A1, tras las últimas modificaciones, también recogerán más información útil para conocer más exactamente los perfiles de este fenómeno. Como se ha señalado, estos documentos portátiles PD A1 permiten presumir la correcta vincu-

lación de quien lo porta al sistema de Seguridad Social del Estado que lo emitió, impidiendo el aseguramiento y el consiguiente abono de cotizaciones en los demás Estados miembros. Los PD A1 sustituyen a anteriores formularios diversos, no sólo al E101 que se emitía a favor de desplazados, también se emiten para acreditar el aseguramiento de personas que trabajan normalmente en dos o más Estados miembros, de funcionarios públicos, marineros, miembros de la tripulación de vuelo o de cabina, o incluso en el supuesto de acuerdos entre dos Estados miembros determinando la ley de Seguridad Social aplicable siguiendo criterios diferentes a los establecidos en las normas de conflicto de los Reglamentos (conforme al artículo 16 del Rgto. CE/883/2004).

En 2016, de los 2,3 millones de PD A1 expedidos, un 70% fue por desplazamiento. Sin embargo, no se puede afirmar que haya 1,6 millones de trabajadores desplazados. La cifra es necesariamente inferior al número de PD A1, ya que se estima que cada trabajador desplazado puede recibir de media 1,7 PD A1. Se podría afirmar, por tanto, que en 2016 hubo aproximadamente un total de 960.000 trabajadores desplazados, de los que sólo el 7% eran trabajadores por cuenta propia. En definitiva, las cifras resultantes serían que en 2016 hubo aproximadamente 892.800 empleados y 67.200 autónomos desplazados³⁸. Estas cifras denotan una tendencia al alza innegable. En 2016 hubo un 8,6% más de trabajadores desplazados que en el año anterior, mientras que el incremento acumulado entre 2011 y 2016 ha sido del 35%. No se trata de una tendencia nueva, desde los años 90 la doctrina científica ha hecho hincapié en su crecimiento³⁹.

³⁶ Todos los datos ofrecidos en este epígrafe han sido extraídos de los interesantes informes firmados anualmente por De WISPELAERE, F. & PACOLET, J. "Posting of Workers. Report on A1 Portable Documents issued in 2016. European Commission. 2018. Doi:10.2767/490167. Al cierre de este trabajo salió publicado el informe de los mismos autores respecto de los A1 expedidos en 2017 con unos resultados muy similares a los publicados en el año anterior <https://www.etk.fi/wp-content/uploads/Komissio-tilastoraportti-Posting-of-workers-2017.pdf>. Ver también de los mismos autores "The size and impact of intra-EU posting on the Belgian Economy. With a special focus on the construction sector. KU Leuven. HIVA. 2017. "An ad hoc statistical analysis on short term mobility -economic value of posting of workers. The impact of intra-EU cross-border services, with special attention to the construction sector. KU Leuven HIVA. 2016. "Working paper on posting workers: the impact of social security coordination and income taxation law on welfare states". KU Leuven. HIVA.2015.

³⁷ Según presentación realizada en diciembre de 2018 por Frederic Wispelaere en el Congreso de cierre del año de la red de expertos MoveS.

³⁸ Se trata de una cifra muy inferior a la que a veces utiliza la propia Comisión en sus notas de prensa, seguramente computando exclusivamente los PD A1 "Según datos de la UE, el número de trabajadores desplazados en la UE ha aumentado en casi un 41 % entre 2010 y 2015. En 2015 había 2,05 millones de trabajadores desplazados en la UE, frente a 1,7 millones en 2013 y 1,3 millones en 2010." http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_es.htm "Entre 2010 y 2014, el número de trabajadores desplazados ha aumentado en casi un 45 %. En 2014, aproximadamente 1,9 millones de trabajadores europeos estaban desplazados a otros Estados miembros" http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-466_es.pdf

³⁹ Véase DONDERS, Peter. "Le travail temporaire a l'étranger

Sin embargo, pese al crecimiento, tales cifras no resultan muy impresionantes ya que los trabajadores desplazados tan sólo representan el 0,4% de los trabajadores activos a tiempo completo en la UE. No obstante, como los mencionados informes subrayan, tampoco se puede afirmar que el impacto sea necesariamente limitado en todos los Estados miembros, pues, como se verá, las cifras no son uniformes ni afectan por igual a todos los sectores.

• ¿Cuál es el destino del desplazamiento?

Sobre esta cuestión, los citados informes nos dejan varias ideas interesantes: en primer lugar, el 50% de los desplazamientos se producen entre Estados vecinos. En segundo lugar, el destino principal del 85% de los desplazamientos es la denominada Europa de los 15⁴⁰. Los principales Estados receptores netos⁴¹ de desplazados, por orden de importancia, son: en primer lugar, Alemania, que recibió en torno a 264.000 trabajadores desplazados⁴², 124.000 trabajadores desplazados más que los envía, de los cuales el 30% proviene de Polonia y el 15% de Eslovenia. El segundo mayor receptor de desplazados es Francia, con 121.811⁴³ desplazados. El tercer lugar lo ocupa Bélgica, con 106.991 desplazados⁴⁴. El sector de la construcción de este último Estado miembro parece algo saturado ya que en 2015 el 33% de los trabajadores de este sector eran trabajadores desplazados de otros Estados

modalités pratiques du détachement conformément au règlement 1408/17¹ /en/ VV. AA. La libre circulation des travailleurs dans l'Union Européenne: le détachement et les perspectives de la coordination communautaire dans le cadre du Règlement 1408/17. Institut des Assurances sociales (IKA-GRECE) et Commission Européenne. Octubre 1 995.p. 127. En ese mismo sentido, ver GARCÍA de CORTAZAR y NEBREDÁ, C. "Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas". La Mutua. Nº 3. Sept-Dic. 2000. P.11.

⁴⁰ UE-15 EM: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, España, Suecia y Reino Unido.

⁴¹ En el sentido de que reciben muchos más desplazados que los que envían.

⁴² El 60% de los PD A1 expedidos hacia ese Estado miembro.

⁴³ El 60% de los 203.019 PD A1 expedidos que la identifican como Estado de destino.

⁴⁴ El 60% de los 178.319 PD A1 expedidos que la identifican como Estado de destino.

miembros y el porcentaje se ha duplicado en muy breve espacio de tiempo, pues en 2011 los trabajadores desplazados a este sector fueron "solo" el 14%. Finalmente, también son receptores netos por orden de importancia: Suiza, Países Bajos y Austria.

• ¿De dónde vienen los desplazados?

El 56% de los desplazados proviene de los propios Estados miembros de la Europa de los 15; de manera que, como subraya el informe citado, en la Europa de los 15 existe un importante flujo interno de desplazados. Sólo el 44% de los desplazados proviene de Estados de la Europa de los 13⁴⁵. La importancia del desplazamiento en estos últimos Estados miembros se ha asociado a una forma de eludir las restricciones a la libre circulación que sufrían los trabajadores. Sin embargo, como ya se ha mencionado, que en las actas de adhesión de estos Estados, algunos Estados miembros protegieron algunos sectores del suministro de mano de obra vía desplazamiento.

Los principales países emisores de PD A1 son, por este orden: Polonia, Alemania, Eslovenia, Francia, Italia y España. Se calcula que Polonia tiene alrededor de 153.000 trabajadores desplazados por toda Europa⁴⁶, lo que suponen nada menos que el 1,2% de su población ocupada. El segundo emisor es Alemania que, como ya se ha señalado, es la principal receptora neta. En tercer lugar se encuentra Eslovenia, con más de 90.000 trabajadores desplazados⁴⁷. El caso de este Estado es bastante impactante, ya que desplaza al 5% de su población ocupada. Además, el 50% de las personas empleadas en el sector de la construcción eslovena se encuentran en el extranjero. En cuarto y quinto lugar están Francia⁴⁸ e Italia⁴⁹.

⁴⁵ UE-13-EM: Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia.

⁴⁶ En concreto 152.955, esto es, el 60% de PD A1 emitidos: 254.926. De los cuales 20.772 son trabajadores por cuenta propia.

⁴⁷ En concreto 90.553, esto es, el 60% de PD A1 emitidos: 150.922, de los cuales sólo 5.652 son autónomos.

⁴⁸ En concreto 79.207, esto es, el 60% de PD A1 emitidos: 132.012, de los cuales sólo 3 eran autónomos.

⁴⁹ En concreto 63.837, esto es, el 60% de PD A1 emitidos

El sexto lugar lo ocupa España, que envió 60.281 trabajadores desplazados de los cuales 5.780 eran autónomos⁵⁰. Se trata de un Estado emisor neto, pues recibe 31.411 trabajadores⁵¹, el 90% de ellos proceden de la Europa de los 15.

• ¿A que se dedican los trabajadores desplazados?

El 45% de los trabajadores desplazados están empleados en el sector de la construcción⁵². El 29% de ellos trabaja en el sector servicios y el 24% en otras actividades industriales (excluyendo obviamente el sector de la construcción). Finalmente, solo el 1.5% trabaja en agricultura y pesca.

• ¿Cuánto tiempo dura un desplazamiento?

Como se señaló, los PD A1 de desplazamiento no pueden expedirse para un desplazamiento cuya duración previsible supere los 24 meses, sin que exista un período mínimo de desplazamiento exento de PD A1. Así hay empresas que solicitan su expedición para desplazamientos brevísimos (un viaje de trabajo de dos días que no ha de responder a una prestación de servicios) mientras que otras sólo los solicitan a partir de cierta duración, lo que puede plantear problemas con la inspección de los países de destino y problemas en los casos de accidentes o bajas médicas.

Durante 2016 la duración media de los PD A1 emitidos fue de 101 días. No obstante, considerando que a cada trabajador se le desplaza al menos 1,7 veces, se entiende que cada trabajador es desplazado en torno a una media de 170 días, esto es, un período inferior a los 183 días que marcan el cambio de residencia fiscal.

o: 106.395, de los cuales sólo 15.655 eran trabajadores por cuenta propia.

⁵⁰ El 60% de PD A1 emitidos que fueron 100.469.

⁵¹ El 60% de los 52.353 PD A1 que la identifican como Estado de destino.

⁵² No es algo nuevo, este también era el sector preponderante en los años 90 según el estudio de campo realizado por DONDEERS, Peter. "Le travail temporaire . . .", op. cit. p. 1 32.

Nuevamente esta duración no es uniforme, pues hubo Estados con PD A1 de duración media de desplazamiento muy breve, como Luxemburgo (15), Francia (31) o Bélgica (37), mientras que con más de 200 días de media se encontrarían los desplazados por Hungría, Islandia, Croacia, Letonia, Irlanda y Estonia.

4. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO ESPECIAL DE DESPLAZADOS

El Reglamento CE/883/2004 art. 12 establecen la siguiente la norma de conflicto especial, que exceptúa la aplicación de la *lex loci laboris*:

1. *La persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada.*

2. *La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en un Estado miembro y que vaya a realizar una actividad similar en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de esa actividad no exceda de 24 meses.*

El mantenimiento de la legislación del Estado de origen se supedita a distintos requisitos según se trate de trabajadores por cuenta ajena o autónomos. En ambos casos habrá que tener en cuenta lo establecido en los Reglamentos, el de base y en el de desarrollo⁵³ y, por supuesto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la ha ido interpretando. Además, aunque no son nor-

⁵³ Respecto de los trabajadores por cuenta ajena (Rgto CE/883/2004 art. 12.1; Rgto. CE/987/2009 art. 14.1 y 2), respecto de los trabajadores por cuenta propia (Rgto. CE/883/2004 art. 12.2; Rgto. CE/987/2009 art. 14.3 y 4).

mas jurídicas vinculantes⁵⁴, conviene consultar las Decisiones de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, en lo sucesivo CACSS, en especial la Decisión nº A2⁵⁵ que recoge importantes criterios aplicativos acordados por las Administraciones de todos los Estados miembros involucrados. En mayo de 2018 la CACSS aprobó la relevante Recomendación nº A1⁵⁶ que incluye en los puntos 5º y 6º de su Anexo las preguntas normalizadas que las Administraciones de Seguridad Social deben realizar respectivamente a empleadores que desplazan o a los trabajadores autónomos con el objeto de evaluar correctamente la concurrencia de los requisitos que se van a analizar. El control por parte de la TGSS, responsable de expedir los PD A1 en España, se limita a cuestiones de Seguridad Social y a los documentos que le proporcione el solicitante, indagaciones mayores sólo pueden ser realizadas por la Inspección de Trabajo, cuya colaboración puede ser requerida por la TGSS. La transgresión de estas Decisiones y Recomendaciones por algunos Estados miembros está provocando que la propuesta de reforma esté incluyendo parte de su contenido en los propios Reglamentos para dotar su contenido de eficacia jurídica. Finalmente, también puede ser de ayuda consultar la Guía de la Comisión sobre Ley aplicable que asimismo realiza una interpretación de tales requisitos, enriquecida con ejemplos, aunque su criterio no siempre sea compartido por algunas Administraciones ni, por supuesto, les vincule⁵⁷.

Exceptuando algunos matices⁵⁸, debe subrayarse que los objetivos y requisitos del desplazamiento en los Reglamentos vigentes se mantienen estables, pues coinciden con los fijados en la regulación previa (Reglamentos 1408/71 y 574/72). Esta circunstancia per-

mite, como ha reconocido recientemente el propio Tribunal de Justicia⁵⁹, remitirse, por analogía, a la jurisprudencia precedente. Debiéndose también entender vigente el análisis realizado de dicha normativa y jurisprudencia por la doctrina científica⁶⁰.

¿Qué sucede si no se cumplen los requisitos que se van a exponer? En principio, se produce la aplicación de la norma de conflicto general, esto es, la *lex loci laboris*. En ese caso se trataría al desplazado como un migrante y se aplica la igualdad de trato por razón de la nacionalidad respecto de su

⁵⁹ Ver apdo. 84 de la sentencia TJ 11-7-18, asunto Comisión e Irlanda vs Reino Bélgica C-356/15.

⁶⁰ Ver sobre los Reglamentos precedentes GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREA, C. "Regulación del desplazamiento temporal al extranjero..." *op. cit.* CARRASCOSA BERMEJO, D. La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social" *op. cit.* P. 158-171. Una comparación entre la normativa anterior y la vigente en DESDENTADO BONETE, A. "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004" *op. cit.* P. 19-39. En el marco de los Reglamentos vigentes ver MENENDEZ SEBASTIAN, P. "La Seguridad Social de los trabajadores desplazados. Estudio de la normativa Comunitaria específica" Noticias de la Unión Europea, ISSN 1133-8660, Nº 319, 2011, págs. 101-111; MIRANDA BOTO, J.M. "Desplazamientos transnacionales de trabajadores: la perspectiva de Seguridad Social" en GARATE CASTRO, J. (coord.) Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Aranzadi. 2011. Analizando las normas de conflicto desde un punto de vista más general, no sólo las de desplazados, ver CARRASCOSA BERMEJO, D. "Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social en la Unión Europea (Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009)" en VV.AA. (CASAS BAAMONDE, Mº E. y GIL ALBURQUERQUE, R. Dir.). Derecho Social de la Unión Europea... 2018 *op. cit.* P. 529-535. ver LOPEZ TERRADA, E. "La ley aplicable en materia de seguridad social a las relaciones laborales internacionales: las normas comunitarias de coordinación" en VV.AA. La internacionalización de las relaciones laborales: principales cuestiones procesales, laborales y fiscales. Tirant Lo Blanch. 2017. P. 183-224. MANEIRO VAZQUEZ, Y. "Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social" Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social nº 132 p. 249-278. RODRIGUEZ CARDO, I.A. "La ley aplicable en el Reglamento 883/2004"/en/ El futuro europeo de la protección social. Laborum Murcia. 2010. KESSLER, F. "Les nouvelles règles de détermination de la législation applicable" RDSS nº 1/2010 p. 14-28; JORENS, Y. "Towards new rules for the determination of the applicable legislation? /en/ VV. AA 50 Years of Social Security Coordination Past-Present-Future. Comisión Europea. Brussels 2009. p. 168 s. LOPEZ TERRADA, E. "La determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social en los casos de internacionalización de la relación laboral de trabajadores españoles" en VV.AA. Protección Social en España, en la UE y en el Derecho Internacional. Comares. 2017. P. 35 a 52.

⁵⁴ Ver TJ 5-12-67, asunto Van der Vecht 19/67, TJ 14-5-81, asunto Romano 98/90; TJ 8-7-92, asunto Knoch (C 102/91); o mucho más recientemente TJ 11-7-18, asunto Comisión e Irlanda vs Reino Bélgica C-356/15.

⁵⁵ DOUE C-106, 24-4-10.

⁵⁶ Recomendación CACSS nº A1 de 18-9-2017, DOUE C-183, 29-5-2018.

⁵⁷ Publicada en 2013 puede encontrarse en este link https://www.sepe.es/contenidos/personas/prestaciones/pdf/guia_legislativa_UE.pdf

⁵⁸ Por ejemplo, la ampliación del alcance de la prohibición de reemplazo propiciada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 6-9-18 sobre el Asunto Alpenrind C-527/16.

aseguramiento en el Estado de destino. Para ello, como veremos en el epígrafe siguiente, la Administración que emitió el PD A1 ha de declararlo inválido y retirarlo, pues mientras esto no suceda no cabe el aseguramiento en el Estado de destino. No obstante, conforme al Reglamento, existe la posibilidad, de que las Administraciones de Seguridad Social de los Estados miembros lleguen a un acuerdo por el que exceptúen la aplicación de todas las normas de conflicto contenidas en el Título II⁶¹, no sólo las relativas al desplazamiento, y permitan, por ejemplo, que el desplazado continúe vinculado a la legislación del Estado de origen superados los 24 meses. Este acuerdo, que puede tener, excepcionalmente, carácter retroactivo, ha de suscribirse “en beneficio de determinadas personas o categorías de personas”⁶². Exigencia que debe entenderse referida a los trabajadores desplazados⁶³, no a las empresas o a las administraciones públicas involucradas que gozan de cierto grado de discrecionalidad a la hora de apreciar la oportunidad de su celebración, mayoritariamente asociada a casos de desplazamiento⁶⁴.

Muy brevemente, antes de entrar al análisis de los requisitos exigibles en la norma de conflicto del desplazamiento, querría destacar que esta no parece aplicable a los casos crecientes de teletrabajo, pues se exige un movimiento transnacional de los trabajadores involucrados. Los Reglamentos guardan silencio respecto de este tipo de trabajo atípico, tampoco aborda la cuestión

la Guía de la Comisión, por lo que se puede afirmar que existe cierta inseguridad jurídica⁶⁵. La aplicación de la regla general, la *lex loci laboris*, no parece la solución, pues ¿dónde se ubica ese lugar? ¿en el lugar donde se produce la conexión del teletrabajador? No parece la mejor solución, las conexiones telemáticas pueden producirse desde muy diferentes Estados con cambios constantes ¿también de legislación aplicable? Buscando una conexión más estable se podría valorar la ley nacional del Estado donde se ubica la sede de la empresa, lo que generaría igualdad de trato entre teletrabajadores y trabajadores ordinarios y eliminaría la sombra del dumping social. Este puede producirse, por el contrario, si se optara por el lugar de residencia y de teletrabajo físico⁶⁶, pues las compañías podrían contratar a sus trabajadores en Estados con bajas cotizaciones para ahorrar costes. Desde luego, todo se complica si el teletrabajo se combina con trabajo presencial en otro Estado. En este último supuesto parece que procede aplicar la norma dedicada a quienes trabajan en dos o más Estados miembros contenidas en el Rgto. 883/2004 art. 13. En consecuencia, como ya se ha señalado, se aplicaría la ley del lugar de residencia si realizara en ese lugar una parte sustancial de la actividad⁶⁷.

4.1. Requisitos para trabajadores por cuenta ajena

El primer requisito se refiere a la existencia de una relación laboral directa que debe mantenerse durante todo el desplazamiento. Para saber si esa relación existe, y sobre todo

⁶¹ Rgto. CE/883/2004 art. 11 a 15.

⁶² Rgto. CE/987/2009 art. 18.

⁶³ Ver en este sentido, el propio artículo 18 del Rgto CE/987/2009 donde se señala que “El empleador o el interesado presentará una solicitud de excepciones a los artículos 11 a 15 del Reglamento de base, siempre que sea posible con antelación, a la autoridad competente del Estado miembro a cuya legislación solicite acogerse el trabajador o interesado o al organismo designado por dicha autoridad”. En la versión inglesa de los Reglamentos precedentes se hacía referencia expresamente a “certain workers or categories of workers”. En este sentido CARRASCOSA BERMEJO, D. “La Coordinación Comunitaria de...” op. cit. P. 135.

⁶⁴ Ver TJ 17-5-84 asunto Brusse 101-83; TJ 29-6-95, asunto Joop Van Gestel 454/93. Resulta también ilustrativa la Recomendación de la CASSTM de 12-12-1986 que parecía dirigida a los destacados de empresas multinacionales.

⁶⁵ En este sentido Y. JORENS, J.-P. LHERNOULD, J.-C. FILLON, S. ROBERTS, B. SPIEGEL. Towards a new framework for applicable legislation, trESS, 2008 (disponible en http://www.tressnetwork.org/TRESS/EUROPEAN%20RESOURCES/EUROPEANREPORT/ThinkTank_Mobility.pdf). Ver también J.-P. Lhernould, Conflits de lois en matière de sécurité sociale: la *lex loci laboris* en question, Droit social, No 5 (May)/2015, p. 457.

⁶⁶ En este sentido Y. JORENS, J.-P. LHERNOULD, J.-C. FILLON, S. ROBERTS, B. SPIEGEL, Towards a new framework op. cit. p. 5.

⁶⁷ Planteando estas dudas, todavía en prensa, STRBAN, Grega (ed); CARRASCOSA BERMEJO, Dolores; SCHOUKENS, Paul; VUKOREPA, Ivana. “Analytical report 2018. Social security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: interrelation, challenges and prospects”. MoveS. European Commission. 2018. p. 38 a 40.

si continúa existiendo, junto al abono de cotizaciones⁶⁸ la Decisión CACSS en su punto 1.3 recoge, sin afán exhaustivo, algunos criterios clave que deben ser valorados. Así se entiende que el empleador es quien ha contratado al trabajador⁶⁹, figura como tal en dicho contrato laboral, le abona los salarios⁷⁰, le puede sancionar o incluso despedir, o puede determinar la naturaleza del trabajo a realizar en destino. Téngase en cuenta que difícilmente se referirá a una concreción al detalle, máxime en caso de una ETT⁷¹ que también puede desplazar a trabajadores, que recibirán ordenes concretas de la empresa usuaria.

El vínculo directo se quiebra cuando nos encontramos ante un doble desplazamiento, es decir, cuando la empresa a la que se envió el trabajador lo envía a la disposición de otra empresa ubicada en el mismo Estado miembro receptor o en otro Estado miembro⁷². Identifica el doble desplazamiento la ruptura del vínculo laboral con la empresa que le desplazó y la existencia de un segundo desplazamiento por la empresa receptora.

⁶⁸ Ver apdo. 8 de la exposición de motivos de la Decisión CACSS nº A2.

⁶⁹ Aunque la Guía de la Comisión puntualiza que no excluye la aplicación de la norma de desplazamiento que el empresario subcontratara la selección de personal.

⁷⁰ De nuevo la Guía de la Comisión matiza que cabe un acuerdo entre el empleador que desplaza y la empresa receptora de sus servicios para que esta última haga el abono de los salarios y se descuenta como gasto en el marco del contrato de prestación de servicios suscrito por ambas empresas.

⁷¹ Así se clarificó tempranamente en la sentencia sobre el asunto Manpower 35/70.

⁷² Decisión CACSS nº A2 punto 4 y apartado 7 de su exposición de motivos. El desplazamiento a terceros Estados no está regulado en los Reglamentos, no obstante, si se mantiene el vínculo con la empresa comunitaria que cotiza por el trabajador no cabe que el Estado de residencia solicite cotización por tales ingresos laborales. Así sucedió en el caso del Sr. Aldewereld, ciudadano holandés que residía en los Países Bajos contratado por una empresa establecida en Alemania, la cual le destacó inmediatamente a Tailandia, donde trabajó durante el año 1986. El Sr. Aldewereld estaba asegurado y cotizaba en Alemania a través de su empresario. Sin embargo, por mantener la mera residencia en Holanda, este país pretendía que abonara cotizaciones allí considerando sus ingresos obtenidos por el trabajo en Tailandia. El tribunal negó la posibilidad de la doble cotización planteada por Holanda y defendió la exclusiva aplicación de la legislación alemana considerando aplicable la legislación donde está ubicada la empresa (TJ 29-6-94 asunto Aldewereld C-60/93).

En segundo requisito es el relativo al aseguramiento del trabajador desplazado en el sistema de Seguridad Social del Estado de origen, esto es, donde su empleador está establecido. En realidad, el Reglamento se refiere a que “esté ya sujeto” a dicha legislación lo que parece una categoría más amplia que el propio aseguramiento que parece vincularse a la idea de beneficiario, pues se define a la persona asegurada en relación con las ramas de seguridad social contempladas en los capítulos 1 y 3 del título III como “toda persona que reúna las condiciones requeridas por la legislación del Estado miembro competente con arreglo al título II para tener derecho a las prestaciones, habida cuenta de las disposiciones del presente Reglamento”⁷³. En todo caso, esta condición se cumple sin problemas si el trabajador ya venía trabajando para la empresa que le desplaza. Sin embargo, cuando el trabajador hubiese sido contratado para ser desplazado, posibilidad aceptada expresamente por los Reglamentos y muy tempranamente por el Tribunal de Justicia⁷⁴, es necesario que “inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo” (se sobreentiende que el del desplazamiento) estuviera ya sujeto o asegurado a la legislación del Estado de origen. La Decisión CACSS nº A2 concreta, a título indicativo, en su punto 1. 4º que se cumple tal condición con una vinculación a dicho sistema de Seguridad Social de al menos un mes. Si el período de aseguramiento es inferior será preciso que la Administración competente de expedir el PD A1 haga una valoración caso a caso de todos los factores en juego. En el mismo sentido, conforme a la Guía de la Comisión, este aseguramiento o sujeción a una legislación puede derivar del trabajo con el empresario que le desplaza, pero también con cualquier otro empresario, aceptándose también un aseguramiento basado en la mera residencia como estudiante o como beneficiario de prestaciones de Seguridad Social. Hay que tener en cuenta que, por ejemplo, en España la mera residencia genera derecho a asistencia sanitaria, prestación incluida en el ámbito objetivo del Reglamento.

⁷³ Rgto. CE/883/2004 Artículo 1.c.

⁷⁴ Rgto. CE/987/2009 Artículo 14.1; ver en ese sentido sentencia sobre el asunto Van derVecht 19/67.

La residencia como sujeción a una legislación se ha defendido recientemente por el Tribunal de Justicia respecto de un trabajador búlgaro contratado en Bulgaria el 15-9-2016 y desplazado a Reino Unido del 26-9-2016 al 6-10-2016. El 25 de octubre fue despedido y el 13-1-2017, se pidió por la empresa la expedición del PD A1, necesariamente retroactiva que fue denegado por la Administración búlgara. La negativa se fundamentaba en que no había estado sujeto a la normativa búlgara desde al menos un mes inmediatamente antes del desplazamiento tal y como se exige respecto de las personas contratadas con el objeto de desplazarlas, para que puedan continuar sujetas a la misma durante el desplazamiento (Rgto. CE/987/2009 art. 14.1 y Rgto. CE/883/2004 art. 12.1). La impugnación empresarial de esta negativa dio lugar a un pleito en cuyo marco se generó una cuestión prejudicial resuelta por el Tribunal de Justicia el 25-10-18, asunto Walltopia C-451/17. El Tribunal consideró que el trabajador estaba incluido dentro del ámbito de aplicación del Reglamento y que antes de la contratación si se le considerase residente en Bulgaria -cuestión a dilucidar por el tribunal nacional que remitió la cuestión- se le aplicaría esa legislación conforme al Rgto. CE/883/2004 art. 11.3.e). Es cierto que los Estados miembros deben determinar los requisitos de aseguramiento, pero a través de ellos no pueden cambiar el resultado de la norma de conflicto aplicable que pretende la cobertura mediante la aplicación de una legislación nacional. El Tribunal subraya que no se puede constatar aseguramiento a la legislación nacional de ningún otro Estado miembro y concluye que, aunque no esté asegurado, se cumpliría el requisito de sujeción a la legislación búlgara si se acreditara que tiene allí su residencia, cuestión que deberá ser constatada por el tribunal nacional que planteó la cuestión prejudicial. No se aclara si está en juego la residencia legal (la que deriva de la Directiva 2004/38/CE) o la residencia propia de los Reglamentos conectada con un centro de intereses (Rgto. CE/987/2009 art. 11). En el caso expuesto se trata de un nacional del Estado de origen del desplazamiento, sin embargo, la residencia legal de inactivos nacionales de otro Estado miembro, al menos la temporal, se supedita a ciertos requisitos de rentas suficientes o

seguro médico completo que pueden resultar de complejo cumplimiento⁷⁵.

El tercer requisito conecta con la empresa que desplaza que debe acreditar que realiza habitualmente actividades significativas, más allá de la gestión interna, en el Estado de origen y durante un tiempo previo al destacamento⁷⁶. Se trata, en definitiva, de dilucidar si es una empresa real y descartar que se trata de una empresa buzón, esto es, sin actividad y sólo dedicada a desplazar trabajadores con cotizaciones inferiores. La Administración emisora del PD A1 debe hacer un análisis cuidadoso de la cuestión teniendo en cuenta los criterios mencionados en el punto 1.5 de la Decisión CACSS nº A2, recogiendo algunos de los ya mencionados por la jurisprudencia⁷⁷. Se trata de un requisito inicialmente criticado por parte de la doctrina por restringir la libre prestación de servicios pero que actualmente se acepta y ha sido “exportado” a la Directiva de desplazamiento.

El cuarto requisito se refiere a que la duración previsible del trabajo a realizar no ex-

⁷⁵ CARRASCOSA BERMEJO, D. "Libre circulación de ciudadanos comunitarios inactivos y protección social ¿Sufrir la UE de aporofobia?" en VV.AA. (MIRANDA BOTO, J.Mª Dir) El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones. Ed. Cinca. Madrid. 2018 P. 505-534.

⁷⁶ Rgto. CE/987/2009 Artículo 14.2.

⁷⁷ Sobre la existencia de una empresa buzón destaca la sentencia TJ 9-11-00 asunto Plum C-404/98, estableciéndose criterios de identificación previamente en la sentencia del TJ 10-2-00 sobre el asunto FTS C-202/97. La Decisión Nº A2 pide que se atienda a los siguientes criterios, sin pretender dar una lista exhaustiva: el lugar donde la empresa tiene su domicilio social y administración; el número de personal administrativo que trabaja en el Estado miembro en el que está establecido y en el Estado miembro de destino; el lugar donde se reclutan los trabajadores desplazados; el lugar donde se concluye la mayoría de los contratos con clientes; la ley aplicable a los contratos celebrados por la empresa con sus trabajadores y con sus clientes; el volumen de negocios realizado durante un periodo de tiempo razonable en el Estado de origen y en el de destino del desplazamiento. Criterios que sin duda deberán ser adaptados a las ETT que desplazan. La doctrina judicial española ha detectado una empresa buzón creada por una empresa española en Portugal, sin actividad alguna allí (TSJ Castilla y León, cont-admva 31-10-13, ROJ: STSJ CL 5652/2013); o creadas en España para prestar servicios en Francia (TSJ Islas Baleares, cont-adm, 5-4-16, ROJ: STSJ BAL 246/2016). En estos casos, se deberían tutelar los derechos de Seguridad Social de los desplazados que desarrollaron su actividad laboral en otro Estado miembro sin conocer el carácter fraudulento del entramado empresarial.

ceda de 24 meses, de manera que, salvo acuerdo entre administraciones, si se prevé una duración superior el trabajador desplazado debería quedar asegurado a la legislación de Seguridad Social del Estado de destino. Para el cómputo de este período máximo hay que tener en cuenta las siguientes cuestiones conforme a la Decisión CACSS nº A2:

a) No interrumpe su cómputo breves interrupciones del desplazamiento debidas a vacaciones, enfermedad o formación⁷⁸.

b) Constituye un único período de desplazamiento cuando el desplazado realiza su trabajo en dos empresas del mismo Estado de destino⁷⁹.

c) Se inicia un nuevo cómputo cuando el trabajador desplazado es enviado sucesivamente a un nuevo Estado miembro⁸⁰.

d) Cuando un trabajador finaliza un desplazamiento sólo cabe su desplazamiento a las mismas empresas ubicadas en el mismo Estado de destino cuando haya transcurrido al menos un período de dos meses desde el último desplazamiento. En otras palabras, el contador no se pone a cero para el mismo destino si no ha transcurrido dicho período mínimo de 2 meses⁸¹.

El quinto requisito exige que el trabajador desplazado “no sea enviado en sustitución de otra persona enviada previamente”. Se prohíbe el reemplazo de un desplazado por otro, sin concretarse si este era un trabajador por cuenta ajena o autónomo. Pese a esta regla, en la práctica, conforme a la Guía de la Comisión, parece que el reemplazo se permite cuando el primer desplazado no pudo terminar el servicio, por ejemplo, debido a una enfermedad grave y únicamente durante el tiempo restante hasta agotar los 24 meses, sin excederlo⁸².

⁷⁸ Decisión CACSS nº A2, punto 3.b.

⁷⁹ Decisión CACSS nº A2, punto 3.a.1º.

⁸⁰ Decisión CACSS nº A2, punto 3.a.2º.

⁸¹ Decisión CACSS nº A2, punto 3.c.

⁸² Ver la Guía de la Comisión sobre legislación aplicable p. 11. Esta sustitución es por el tiempo de desplazamiento que le restaba al trabajador enfermo sustituido, pues el contador no se pone a cero. Así parece deducirse de las propias pregun-

Como la Guía pone de manifiesto, el problema surge cuando la empresa del Estado de destino realiza su actividad principal permanentemente a través de trabajadores desplazados. Así, se consideraría abusivo que la empresa de destino estableciese un sistema rotatorio de contratación de servicios con sendas empresas con el objeto de que le provean de trabajadores desplazados de forma continuada, principalmente cuando la empresa de destino carece de los trabajadores necesarios. Desde esta perspectiva, la Guía concluía que la prohibición de reemplazo estaba referida no sólo a los trabajadores de la empresa que pretende enviar al desplazado, sino a los desplazados por cualquier empresa. Esta posición ha sido confirmada en la importante sentencia del TJUE sobre el caso Alpenrind⁸³, C-527/16, dictada el 6-9-2018. El Tribunal entiende que la norma de conflicto para desplazados, al ser una excepción de la *lex loci laboris* y de la igualdad de trato que esta regla general propicia, debe siempre interpretarse restrictivamente. Para aplicar correctamente la prohibición de sustitución debe ponerse el foco en el puesto de trabajo, no en el desplazado. Si el puesto hubiera sido ocupado previamente por un desplazado, no cabe un nuevo desplazamiento de sustitución, siendo irrelevante que el empresario sea el mismo o uno distinto, que provengan del mismo Estado o de otro y que tenga o no lazos personales entre sí.

La consecuencia práctica que se deriva de esta sentencia no es otra que la obligación por parte de toda empresa que pretenda desplazar a un empleado de ponerse en contacto con la empresa de destino con el objeto de confirmar que el puesto que ocupará su desplazado no está siendo ocupado por otro

tas previstas en la Recomendación CACSS nº A1 en relación al desplazamiento.

⁸³ Alpenrind es una empresa austriaca dedicada a la comercialización de ganado y carne a la que prestaban servicio dos empresas húngaras (Martin Meat y Martimpex) para el despiece y envasado de ciertas toneladas de carne que realizaban a través de desplazamientos alternativos desde cada una de las empresas, de trabajadores que realizaban sus servicios en las instalaciones de Alpenrind. La Administración húngara expedía PD A1 a favor de estos trabajadores, algunos con carácter retroactivo, una vez que la Administración austriaca ya había considerado que debían asegurarse a su propio sistema de Seguridad Social.

desplazado. La ausencia de este control previo puede conducir a la invalidación del PD A1 y a la aplicación, incluso retroactiva, de la *lex loci laboris*. El posible impacto negativo no recaerá sólo sobre la empresa, sino que puede perjudicar al propio trabajador desplazado que pudo confiar en las condiciones ofrecidas por su empleador y encontrarse finalmente asegurado de forma temporal en otro Estado miembro o incluso con problemas de cobertura.

Aunque los Reglamentos o las Decisiones no lo aclaran, parece razonable pensar que la prohibición de reemplazo se refiere a la concatenación de desplazamientos, por lo que tendría que desaparecer pasado un determinado lapso o período de tiempo entre desplazamientos. A mi modo de ver, en buena lógica, ya no habría reemplazo prohibido si entre el fin del desplazamiento del trabajador sustituido y el nuevo desplazamiento hubieran transcurrido dos meses; esto es, el mismo plazo que permite poner a cero el contador de un trabajador al que se desea desplazar al mismo Estado y a la misma empresa.

4.2. Requisitos para los trabajadores autónomos

Los requisitos para mantener asegurado en origen a un trabajador autónomo que decide desempeñar su actividad profesional temporalmente en otro Estado miembro son menos exigentes que para los trabajadores por cuenta ajena.

El primer requisito se refiere a que el autónomo debe haber ejercido normalmente una actividad sustancial por cuenta propia en el Estado de origen, donde está establecido, previa al desplazamiento. La norma enfoca en la normalidad de la actividad, que se sobreentiende que debiera generar su aseguramiento como autónomo al sistema de Seguridad Social de ese Estado. De nuevo, dos meses de actividad resultan suficientes, conforme a la Decisión CACSS nº A-2 punto 2, pudiéndose incluso considerar, caso a caso, períodos inferiores.

El segundo requisito exige al trabajador autónomo que siga manteniendo en el Estado miembro de origen la infraestructura

organizativa propia del ejercicio de su actividad, cumpliendo los requisitos necesarios para poder continuarla a su vuelta. La Decisión CACSS nº A-2 punto 2 ofrece algunos criterios que pueden ser evaluados por las Administraciones nacionales que expiden los PD A1: mantenimiento de la oficina o el taller, el pago de impuestos (criterio polémico pues, al menos el IRPF va unido a la residencia y está puede trasladarse a efectos fiscales al Estado de destino si se superan 183 días allí), la titularidad de una tarjeta de profesional o un número de IVA o registro en cámaras de comercio, colegios u organismos profesionales. En todo caso, aunque el trabajador autónomo mantenga todo lo necesario para poder continuar con su actividad no debe realizarla con normalidad en origen⁸⁴, pues en tal supuesto no podría ser considerado un trabajador desplazado. En efecto, en tales supuestos se aplicaría la norma ad hoc establecida para quienes realizan normalmente una actividad simultánea o alterna en dos o más Estados miembros (Rgto. CE 883/2004 art. 13). Se trata de un tipo de movilidad que está creciendo enormemente, también respecto de los trabajadores por cuenta ajena⁸⁵. Los Reglamentos, en estos casos, no impiden el reemplazo y no imponen límites temporales, permitiendo con carácter general que el trabajador se mantenga asegurado exclusivamente en el Estado miembro de residencia, si allí realiza una parte sustancial de su actividad profesional⁸⁶.

El tercer requisito exige que el trabajador autónomo realice una actividad similar en el Estado miembro de destino. Como aclaró el Tribunal de Justicia, la similitud se refiere a la naturaleza de la propia actividad, indepen-

⁸⁴ Nos referimos al desempeño de una actividad no marginal que supere el 5%.

⁸⁵ En 2016 de acuerdo con los estudios ya mencionados, se expidieron 623.778 PD A1 al amparo de dicho Artículo 13.

⁸⁶ El Rgto. CE/987/2009 art. 14.8 cuantifica esta sustancialidad en un porcentaje superior al 25% de la actividad profesional total. En el caso de los trabajadores asalariados se atiende al tiempo de trabajo o la remuneración, mientras que respecto de los autónomos hay que estar al volumen de negocios, el tiempo de trabajo, el número de servicios prestados o los ingresos. Esta regla general tiene otras conexiones subsidiarias en caso de que no se cumpla la premisa mencionada.

dientemente de que la misma sea en el Estado de destino, a efectos de Seguridad Social, por cuenta ajena o propia⁸⁷. De manera que un electricista, dado de alta en el RETA, podría decidirse a prestar servicios en otro Estado miembro, con independencia de que en destino fuera contratado como trabajador por cuenta ajena o continuara como autónomo. En estos casos, la doctrina unánimemente consideró que las posibilidades de dumping social crecían, pues, por ejemplo, un electricista español pagando las bases mínimas españolas de autónomos podría ser contratado por cuenta ajena para realizar unas instalaciones en Bélgica. Sin embargo, no parece que el peligro se haya materializado, pues tan sólo un 7% de los desplazados es trabajador por cuenta propia.

El cuarto requisito se refiere a la temporalidad, el trabajador autónomo debe desplazarse a realizar un servicio, una tarea determinada en los correspondientes contratos cuya duración prevista no exceda de 24 meses⁸⁸. De hecho, en buena lógica, si se convirtiera en un trabajador por cuenta ajena en destino lógicamente sólo podría suscribir un contrato temporal.

Finalmente debe subrayarse que no existe una prohibición de reemplazo para los trabajadores por cuenta propia. De manera que podrán reemplazar a un trabajador autónomo previamente desplazado, pero también a un trabajador por cuenta ajena que acabara de terminar su desplazamiento, incluso aunque fuera contratado en destino por cuenta ajena, circunstancia que resulta altamente chocante.

⁸⁷ Ver Rgto. CE/987/2009 art. 14.4 y sentencia del TJ 30-3-00, asunto Banks C-178/97 que versaba sobre unos artistas británicos y residentes en el Reino Unido que estaban asegurados como autónomos a la Seguridad Social británica y que fueron contratados por cuenta ajena durante varios meses por un teatro belga que les contrató por cuenta ajena y que pretendía asegurar y detraer cantidades de su salario para el abono de las oportunas cotizaciones a la Seguridad Social belga entendiéndolo que no existía desplazamiento.

⁸⁸ Sobre la necesaria determinación de la tarea a realizar en destino ver apdos. 25, 26 y 27 de la sentencia del TJ 30-3-00, asunto Banks C-178/97.

5. EFICACIA JURÍDICA DEL DOCUMENTO PORTÁTIL A1 (PD A1) Y SU VIRTUALIDAD EN CASO DE CONTROVERSIDA

El principio de cooperación leal definido en el Tratado de la UE es crucial para que se puedan alcanzar los objetivos fijados en la normativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social⁸⁹, su mero funcionamiento depende totalmente de que las Administraciones de Seguridad Social se respeten y asistan mutuamente. Esta necesaria colaboración⁹⁰ se impulsa desde la propia CACSSS, órgano consultivo vinculado con la Comisión donde están representadas todas las Administraciones⁹¹. En su seno, se definen los documentos a intercambiar entre los Estados miembros⁹², en el caso del desplazamiento el PD A1 y se ofrece, como se ha señalado, a través de sus Decisiones y Recomendaciones, una interpretación consensuada muy relevante, aunque jurídicamente no vinculante, de las disposiciones más complejas de los Reglamentos. La CACSSS además facilita el diálogo entre Administraciones, pudiendo incluso llegar a mediar entre ellas en caso de conflictos interpretativos o aplicativos que pongan en peligro los derechos de las personas cubiertas por los Reglamentos⁹³.

En el marco de los desplazamientos, la Administración de Seguridad Social del Estado de origen ha de expedir, preferiblemente antes del propio desplazamiento y siempre a petición del interesado o su empresario, un PD A1 que acredite la correcta vinculación de su

⁸⁹ Tratado UE art. 4.3: "Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión".

⁹⁰ Rgto. CE/883/2004 art. 76.4 "Las instituciones y las personas contempladas en el presente Reglamento tienen la obligación de informarse mutuamente y cooperar entre sí para garantizar la buena aplicación del presente Reglamento".

⁹¹ Ver Rgto. CE/883/2004 art. 71 y 72.

⁹² Rgto. CE/987/2009 art. 4.1.

⁹³ Rgto. CE/883/2004 art. 76.6.

titular con ese sistema de Seguridad Social⁹⁴. No se establece un período mínimo de desplazamiento a partir del cual debería solicitarse, parece que su expedición procedería en todo caso, aunque este fuera por un período muy breve. No todas las empresas cumplen con tal obligación en todos los supuestos, en parte porque se trata de un procedimiento complejo, no automatizado, respecto del que el Reglamento no fija plazos concretos de expedición. Quizás debiera plantearse un procedimiento abreviado para desplazamientos muy breves, de pocos días, pero sobre todo aislados o no continuos⁹⁵.

El procedimiento de expedición tiende a la complejidad, al someterse cada vez a más cautelas. La Administración emisora ha de realizar una evaluación previa adecuada de los hechos relevantes para la determinación de la legislación aplicable. Para ello ha de recopilar toda la información relevante tal y como la identifica la recientísima Recomendación CACSS n° A1⁹⁶ ya mencionada en este trabajo, y que contiene una lista normalizada y no exhaustiva de las preguntas que deben realizarse a los solicitantes⁹⁷. La Administración que expide un PD A1 está obligada, por el principio de cooperación leal, a guardar los justificantes de tal información para poder confirmar y verificar, a través de ellos, la exactitud de toda la información contenida en el mismo de forma rápida y sencilla⁹⁸. Las reclamaciones por parte de las Administraciones de destino se están incrementando y la Recomendación señala que los PD A1 deberán incluir una exención de responsabilidad donde se refleje que el solicitante ha contestado todas las preguntas correctamente, a su leal saber y entender, y reconozca

asimismo que está informado de posibles futuros controles que podrían derivar en su retirada con efecto retroactivo⁹⁹.

Las obligaciones mencionadas para la Administración que expide un PD A1, conectan con el propio efecto vinculante que tiene este documento para la Administración nacional de destino del desplazamiento, que debe respetarlo mientras la emisora no lo retire o lo declare inválido¹⁰⁰. En efecto, para preservar la seguridad jurídica y el principio de unicidad de la ley de Seguridad Social aplicable, el trabajador portador de un PD A1 no puede ser asegurado u obligado a pagar cotizaciones en ningún otro Estado miembro¹⁰¹. Así, por ejemplo, se ha considerado que viola el principio de cooperación leal e incumple los objetivos perseguidos por la norma de conflicto especial para el desplazamiento¹⁰² una legislación nacional de Seguridad Social que autorizase a sus propias instituciones de Seguridad Social a desvincularse de los PD A1 foráneos que considerase fraudulentos y las permitiese someter a los desplazados a su propio régimen de seguridad social¹⁰³.

Aunque no se mencionen expresamente en los Reglamentos, el Tribunal de Justicia ha reiterado que entre las instituciones nacionales vinculadas por los PD A1 foráneos se encuentran también los tribunales nacionales, de cualquier orden jurisdiccional¹⁰⁴,

⁹⁴ Rgto. CE/987/2009 art. 19.2.

⁹⁵ En el marco de los Reglamentos precedentes existía un procedimiento abreviado para los desplazamientos por períodos inferiores a 3 meses, que fue modificado en varias ocasiones para evitar el fraude. Ver sobre estos DONDERS, P. "Le travail temporaire..." *op. cit.* P. 135; CORNELISSEN, R. "Le détachement à l'intérieur de la Communauté européenne et la sécurité sociale: cadre juridique" en VV.AA. (VAN REGENMORTEL, A.; JORENS, Y. editors) *Le Détachement International La Charte Brugge*, 1995, p. 29.

⁹⁶ DOUE 29-5-2018, C-183

⁹⁷ Recomendación CACSS n° A1, punto 4 y Anexo 5.

⁹⁸ Ver Rgto. CE/987/2009 art. 5.1, 2 y 3; Ver también la Recomendación CACSS n° A1 punto 4 de la Exposición de motivos y punto 2.

⁹⁹ Recomendación CACSS n° A1 punto 5.

¹⁰⁰ Rgto. CE/987/2009 art. 5.1; TJ 10-2-00, asunto FTS C 202/97 apdo. 53 y TJ 26-1-06, asunto Herbosch Kiere, C 2/05, apdo. 24; TJ 27-4-17, asunto A-Rosa Flussschiff C 620/15, apdo. 41.

¹⁰¹ Si no fuera así, cada que fuera difícil determinar el régimen aplicable, cada una de las instituciones competentes de los dos Estados miembros interesados se vería impulsada a considerar, en detrimento de los trabajadores interesados, que su propio régimen de seguridad social les es aplicable TJ 10-2-00, asunto FTS C 202/97 apdo. 49 y TJ 26-1-06, asunto Herbosch Kiere, C 2/05, apdo. 21 y 25 y TJ 27-4-17, asunto A-Rosa Flussschiff C 620/15, apdo. 42 y TJ 11-7-18, asunto Comisión e Irlanda vs Reino Bélgica C-356/15 apdo. 88.

¹⁰² Véanse, en este sentido, TJ 10-2-00, asunto FTS C 202/97 apdo. 52 y TJ 26-1-06, Herbosch Kiere, C 2/05, apdo. 23; TJ 6-2-18 asunto Altun y otros, C 359/16 apdo. 38 y.

¹⁰³ TJ 11-7-18, asunto Comisión e Irlanda vs Reino Bélgica C-356/15 apdo. 86.

¹⁰⁴ La naturaleza civil o penal de la jurisdicción extranjera es irrelevante (TJ 24-10-17 asunto Nikless C-474/16 apdo. 17)

del Estado de destino¹⁰⁵. Tiene sentido, si un tribunal del Estado de destino pudiera invalidar o retirar los PD A1 foráneos, existiría un grave riesgo de socavar el sistema de coordinación basado en la cooperación leal entre las instituciones competentes de los Estados miembros¹⁰⁶. Téngase en cuenta además, que en el marco de un Derecho Público como el de Seguridad Social, la sentencia de tales tribunales no vincularía a la Administración que expidió el PD A1, que podría mantener asegurado al desplazado y seguir exigiendo cotizaciones, situación completamente contraria a la lógica de la unicidad de ley aplicable los Reglamentos. Por el contrario, los tribunales nacionales del Estado miembro de origen, el que expidió el PD A1, sí pueden, lógicamente, invalidar o retirar estos documentos si no hubieran sido expedidos correctamente¹⁰⁷, pudiendo a partir de ese momento asegurarse el desplazado en el Estado de destino sin vulnerarse dicho principio de unicidad. Sin embargo, quizás la norma de coordinación debería ir más allá y establecer las consecuencias de que un Estado declare inválido el PD A1 y el propio aseguramiento del trabajador desplazado por una empresa buzón. En estos casos se debería garantizar el aseguramiento de esos trabajadores al sistema de Seguridad Social del Estado de destino del desplazamiento, desde su inicio, pudiéndose incluso prever hasta el trasvase de cotizaciones entre los Estados involucrados. Se trata de una cuestión transnacional que exige una solución coordinada para proteger al trabajador ajeno al fraude, máxime cuando es extranjero¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Véase la sentencia TJ 26-1-06, asunto Herbosch Kiere, C 2/05 apdos 30 a 32; luego reiterada en TJ 6-9-18, asunto Alpenrind C-527/16 o TJ 27-4-17, asunto A-Rosa Flusschiff C-620 15 apdo. 51.

¹⁰⁶ TJ 26-1-06, asunto Herbosch Kiere, C 2/05, apdo 30; TJ 27-4-17, asunto A-Rosa Flusschiff C 620/15 apdo. 47.

¹⁰⁷ Ver TJ 6-9-18 asunto Alpenrind C-527/16, apdo. 61.

¹⁰⁸ Se anulan las autorizaciones para trabajar y en consecuencia el aseguramiento en España de extranjeros desplazados a Francia por empresas buzón españolas. Algunos tribunales españoles llegan a señalar que deberían estar asegurados en el país vecino, aunque obviamente no puedan garantizar tal resultado (TSJ Islas Baleares, cont-adm 5-4-16, ROJ: STSJ BAL 246/2016; TSJ País Vasco, cont-adm, 20-3-18, ROJ: STSJ PV 1015/2018; TSJ Cataluña, cont-adm, 15-9-16, ROJ: STSJ CAT 8228/2016).

Por otro lado, conviene añadir que, como ha reiterado el Tribunal de Justicia, el efecto vinculante no se refiere a los PD A1 emitidos en un momento anterior al desplazamiento, también se predica de los PD A1 emitidos durante el desplazamiento o incluso después de que este haya terminado¹⁰⁹. Efectivamente, también serían vinculantes aquéllos expedidos retroactivamente, después de que el Estado de destino del desplazamiento determinase que el trabajador en cuestión debía quedar asegurado a su propia legislación de Seguridad Social¹¹⁰.

En ocasiones, cuando la Inspección de Trabajo de un Estado descubre lo que entiende que son desplazados irregulares y la Administración de Seguridad Social de ese Estado de destino duda de la veracidad o exactitud de los PD A1 aportados, existen las siguientes posibilidades reguladas en el Rgto CE/987/2009 art. 5 y detalladas en la Decisión CACSS nº A1¹¹¹ que, como se recordará, no es vinculante jurídicamente al carecer de carácter normativo¹¹²:

En primer lugar, se prevén dos fases de diálogo entre Administraciones considerando su deber de cooperación leal¹¹³. En efecto, a solicitud de la institución del Estado de destino que exprese dudas sobre la exactitud y conformidad con los requisitos de expedición, la institución emisora ha de reconsiderar los motivos de la emisión del PD A1, verificar los hechos y la información proporcionada, pudiendo, si lo considera necesario, retirarlo¹¹⁴.

En segundo lugar, si el diálogo entre las instituciones nacionales fracasara, y no se alcanzase un acuerdo, comenzaría la denominada fase de conciliación y el asunto podría elevarse a la CACSS que trataría de conciliar

¹⁰⁹ TJ 30-3-00, asunto Banks C-178/97 apdos. 52 a 57; TJ 6-9-18, asunto Alpenrind C-527/16 apdo. 70.

¹¹⁰ TJ 6-9-18, asunto Alpenrind C-527/16 apdo. 77.

¹¹¹ DOUE C-106, 24-4-10.

¹¹² TJ 11-7-18, asunto Comisión e Irlanda vs Reino Bélgica C-356/15.

¹¹³ Ver Decisión CACSS Nº A-1 apdos. 6 a 16 que establece los plazos y pasos a seguir.

¹¹⁴ Rgto. CE/987/2009 art. 5.2 y 3; véase, en este sentido, recientemente TJ 6-2-18, Altun y otros C 359/16, apdo 43.

las posturas de las Administraciones en los seis meses siguientes¹¹⁵. En su seno, el asunto puede remitirse a un Comité de Conciliación, creado con arreglo a las normas de la CACSS, cuyas conclusiones se han considerado recientemente por el Tribunal de Justicia, como un mero dictamen, por lo que la solución no sería legalmente vinculante. De tal forma, que las instituciones nacionales involucradas no estarían jurídicamente obligadas a retirar o invalidar su PD A1, aunque el Comité de Conciliación de la CACSS así lo hubiera establecido¹¹⁶.

Conviene subrayar que este proceso de diálogo y conciliación ha de seguirse necesariamente, incluso en:

- a) Casos de error, aun manifiesto, de apreciación de los requisitos de aplicación de la norma de conflicto para desplazamiento, y aun cuando se hubiera confirmado que las condiciones en que se desarrolla la actividad de los trabajadores de que se trate quedan manifiestamente fuera del ámbito de aplicación material de la disposición sobre cuya base se expidió el PD A1¹¹⁷.
- b) También en los casos de fraude acreditado o abuso, pues los Reglamentos tampoco exceptúan su aplicación y a los que también atañe el principio de cooperación leal¹¹⁸. No obstante, como se pondrá enseguida de manifiesto, en este concreto supuesto existe una importante excepción que permitiría a los tribunales del Estado de destino no tener en cuenta, ignorar, los PD A1 foráneos en el marco de pleitos sancionadores.

Si los procedimientos de diálogo y conciliación fracasaran cabría que la Administración disconforme:

Por un lado, decidiese incoar su invalidación y retirada ante los propios tribunales del Estado miembro de origen, con el objeto de conseguir allí la invalidez del PD A1, por ejemplo, si se consiguiera demostrar que quien desplaza no es

más que una empresa buzón. Esta posibilidad puede plantear problemas procesales de legitimación de la administración foránea, aunque parece claro que sería parte interesada.

Por otro lado, también sería posible incoar un procedimiento de infracción ante el Tribunal de Justicia contra el Estado que expidió indebidamente el PD A1 controvertido (TFUE art. 259)¹¹⁹.

Como adelantaba, el Tribunal de Justicia ha admitido en un supuesto aislado una excepción importante al efecto vinculante del PD A1 en los casos de fraude comprobado por un tribunal del Estado de destino que podría no tenerlos en cuenta, esto es, ignorarlos (TJ 6-2-18, asunto Altun y otros C-359/16)¹²⁰. Sentencia que, obiter dicta, ha sido mencionada asociada a tal excepción, en pronunciamientos posteriores del Tribunal de Justicia¹²¹. Respecto de esta excepción conviene destacar las siguientes cuestiones:

1. Se admite sólo la inobservancia del PD A1 foráneo, nunca su invalidación o retirada que sigue quedando en manos de la Administración que lo emitió.
2. Se ha admitido en el contexto de un pleito nacional con finalidad sancionadora¹²². En

¹¹⁹ ver TJ 27-4-17, asunto A-Rosa Flusssschiff C 620/15, apdo. 46 o TJ 6-9-18, asunto Alpenrind C-527/16 apdo. 61.

¹²⁰ Altun era una sociedad constructora belga que casi no contaba con personal propio y subcontrataba todas sus obras a una empresa bulgara que desplazaba sus trabajadores a Bélgica. Según una investigación judicial belga esta empresa no tenía actividad constructora significativa en Bulgaria y se limitaba al desplazamiento (era, en su opinión, una empresa buzón); motivo por el que la Administración belga requirió a la Administración búlgara hizo caso omiso. Esta sentencia fue dictada tras unas controvertidas conclusiones del Abogado General que empezaban con la cita del civilista francés Planiol: «el derecho acaba donde el abuso comienza». Ver un comentario crítico de las mismas CARRASCOSA BERMEJO, D. "Fraude en el desplazamiento de trabajadores: ¿el derecho acaba donde el abuso comienza? (A propósito de las Conclusiones del Abogado General al asunto Ömer Altun y otros C-359/16)" Blog Encuentros Laborales. <http://encuentroslaboral.blogspot.com/2017/11/47-fraude-en-el-desplazamiento-de.html>

¹²¹ TJ 6-9-18, asunto Alpenrind C-527/16 apdo. 46 y TJ 11-7-18, asunto Comisión e Irlanda vs Reino Bélgica C-356/15 apdos. 101 s.

¹²² TJ 6-2-18, asunto Altun y otros C-359/16 apdo. 60. Ver

¹¹⁵ Rgto. CE/987/2009 art. 5.4.

¹¹⁶ Ver, TJ 6-9-18, asunto Alpenrind C-527/16 apdo. 64.

¹¹⁷ TJ 6-2-18, Altun y otros C 359/16, apdo. 46.

¹¹⁸ TJ 11-7-18, asunto Comisión e Irlanda vs Reino Bélgica C-356/15 apdos. 97 y 98.

concreto, se autorizaba a un tribunal penal belga a no tener en cuenta ciertos PD A1 búlgaros cuando juzgaba la responsabilidad penal de empresarios que habían recurrido a trabajadores desplazados provistos de PD A1 fraudulentos. En efecto, no se trataba de un pleito de Seguridad Social donde se ventilase el aseguramiento de los trabajadores desplazados al Estado de destino. Cuestión que podría entenderse ilegal al no haberse retirado o invalidado los PD A1 por la Administración búlgara que, en ningún caso, estaría vinculada por una sentencia belga que obligara a su aseguramiento.

3. La posibilidad de que un tribunal no tenga en cuenta los PD A1 foráneos para sancionar, se supedita a los siguientes requisitos:
 - a) Que la Administración de origen, en este caso la búlgara que expidió el PD A1, no realice el control requerido de oficio en un plazo razonable¹²³, como así se acreditó que había sucedido.
 - b) Que el carácter fraudulento del desplazamiento quede acreditado en el marco de un pleito justo donde exista la posibilidad de refutar las pruebas en las que se basa el procedimiento, respetándose las garantías vinculadas al derecho a un proceso equitativo¹²⁴. Específicamente, se debería verificar la concurrencia de los dos siguientes factores configuradores del fraude: por un lado, un factor objetivo, esto es, debe acreditarse que no se cumplen las condiciones para emitir el PD A1. Por otro lado, debe concurrir un factor subjetivo, demostrándose que las partes involucradas, con una acción u omisión deliberada, tenían la intención de evadir o eludir las condiciones para la emisión los PD A1, con el fin de obtener la ventaja económica que se le atribuye.

La sentencia Altun se fundamentaba en una idea clave: no se puede alegar fraudulenta

también contextualizando esta excepción TJ 11-7-18, asunto Comisión e Irlanda vs Reino Bélgica C-356/15 apdos. 102.

¹²³ TJ 11-7-18, asunto Comisión e Irlanda vs Reino Bélgica C-356/15 apdo. 101.

¹²⁴ TJ 6-2-18, asunto Altun y otros C-359/16 apdo. 56.

o abusivamente el Derecho de Unión al existir un principio general en tal Derecho que prohíbe el fraude y el abuso de derecho que los justiciables están obligados a respetar. En efecto, la aplicación de la normativa de la Unión no puede extenderse hasta llegar a cubrir las operaciones que se realicen para beneficiarse fraudulenta o abusivamente de las ventajitas establecidas en el Derecho de la Unión¹²⁵. Sin embargo, conviene subrayar que la jurisprudencia citada por el Tribunal de Justicia para fundamentar su posición no se refiere a la inaplicación de una Ley foránea en favor de la propia. Por el contrario, todos ellos versan sobre la mera negación de derechos, de muy diversa índole, generados en el marco de la norma nacional del tribunal que la juzgaba y que no podían ser amparados por el Derecho de la Unión si se acreditase el fraude¹²⁶. Motivo por el que la sentencia Altun difícilmente podrá ser un argumento para el cambio de normativa aplicable, pues tan sólo avala la mera inaplicación del PD A1 permitiendo sancionar a quienes lo solicitaron fraudulentamente.

Recapitulando, si el diálogo y la conciliación no funcionan, los tribunales del Estado de destino no pueden tomarse la justicia por su mano y asegurar a los desplazados a su sistema de Seguridad Social, ni siquiera en caso de fraude acreditado. En estos casos, dejando al margen un posible pleito en el Estado miembro que expidió el PD A1, sólo cabe que

¹²⁵ TJ 6-2-18, asunto Altun y otros C-359/16 apdo. 48 y 49.

¹²⁶ Se mencionaban las sentencias sobre los asuntos Halifax C-255/02; Cadbury C-196/04; Kralzer C-423/15; Kofoed C-321/15; Cullssens C-251/16. Solo el asunto Paletta C-206/94 se refería a una cuestión de Seguridad Social, planteada por un tribunal alemán, aplicando la norma de Seguridad Social alemana en relación con el derecho a unas prestaciones de incapacidad temporal alemanas (en ese caso abonadas por el propio empresario) solicitadas por un migrante italiano al amparo de unos certificados médicos italianos. El pleito de Seguridad Social de origen versaba sobre la obligación del empresario de abonar la prestación conforme a los diagnósticos emitidos en el extranjero, sobre cuya veracidad albergaba serias dudas. El TJ consideró que el abono empresarial durante la enfermedad era una prestación de incapacidad temporal (enfermedad en metálico) estaba incluida en el ámbito objetivo del Reglamento que, en principio, estaba obligado abonar, aunque nada impedía al empresario alemán aportar elementos de prueba que, en su caso, permitieran al tribunal alemán, declarar la existencia de un comportamiento abusivo o fraudulento si conseguía acreditar que el trabajador italiano no había estado enfermo.

una tercera parte neutral como es el propio Tribunal de Justicia se pronuncie sobre el posible incumplimiento del Derecho de la UE por parte del Estado que lo expidió.

Ningún cambio en este sentido parece derivarse de la creación futura de la denominada Autoridad Laboral Europea anunciada por el Comisario Juncker (European Labour Authority, ELA en sus siglas en inglés). En efecto, a tenor de la versión actual del proyecto de Reglamento que regulará la ELA, no parece tener entre sus competencias una capacidad decisoria para dirimir en caso de conflicto, manteniendo una postura meramente mediadora y de conciliación¹²⁷. A mi modo de ver, sería deseable una evolución hacia un arbitraje voluntario que descargara al Tribunal de Justicia de este tipo de controversias y facilitara una respuesta rápida a las administraciones, empresas y trabajadores involucrados.

Para terminar, me gustaría señalar que la futura ELA colaborará con SOLVIT que, considerando su gratuidad y buenos resultados, en mi opinión, debiera ser más utilizado por los trabajadores desplazados o sus propias empresas, siempre que entiendan que las Administraciones foráneas (las de la Seguridad Social o la propia inspección de trabajo) están aplicando incorrectamente los Reglamentos de coordinación o han vulnerado sus propios derechos a la libre circulación o a la libre prestación de servicios¹²⁸.

6. PERSPECTIVAS EN EL MARCO DE LA ACTUAL REFORMA DE LOS REGLAMENTOS

En este epígrafe se esbozan cuáles son las perspectivas de cambio que respecto de los desplazados se incluyen en las propuestas de modificación de los Reglamentos de coordinación. La propuesta de la Comisión, presentada en

diciembre de 2016¹²⁹, no se centra en el desplazamiento¹³⁰ y los cambios que incluye no se consideraron estructurales, sino un mero refuerzo de las normas existentes. Motivo por el que no estuvieron sujetas a una evaluación de impacto, limitándose la Comisión a lanzar una extensa consulta entre los sujetos involucrados. Un año y medio después, en junio de 2018, quedó fijada la Orientación general del Consejo¹³¹, el 23 de noviembre el Parlamento aprobaba su informe, quedando la reforma pendiente de votación¹³². Su aprobación, de producirse -necesariamente bajo la presidencia rumana- se habrá de realizar a principios de 2019 antes de la disolución del Parlamento por las elecciones de mayo. Las principales novedades previstas en torno al desplazamiento son las siguientes:

En primer lugar, querría mencionar una modificación a la que podría calificarse, a priori, de cosmética. El término “desplazado” se destierra de los Reglamentos de coordinación y se sustituye por “enviado”, sin cambiar en absoluto su ámbito de aplicación. Parece que la Comisión reserva el término desplazado a los supuestos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva de desplazamiento, en el que no están incluidos los autónomos. En todo caso, no sé si se producirá efectivamente este cambio terminológico, al haberse utilizado el término desplazado reiteradamente desde la aprobación de los Reglamentos en 1958.

En segundo lugar, el Parlamento propone que el período previsible o incluso real de des-

¹²⁹ COM (2016) 815 Final.

¹³⁰ Una aproximación al alcance de la reforma, por orden cronológico de publicación, en CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgts. CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Actum Social*, nº 119, Enero/2017; LOPEZ TERRADA, E. y MARTIN-POZUELO, A. “La reciente propuesta de reforma de los Reglamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 45, 112-141, 2017 y MALDONADO MOLINA, J.A. “Libertad de circulación y protección social” *Monografías de Temas Laborales* nº 59/2017 p. 177 y s

¹³¹ Orientación General del Consejo. Junio 2018, Expediente interinstitucional 2016/0397(COD).

¹³² <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2018-0386+0+NOT+XML+V0//ES>.

¹²⁷ Ver la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Laboral Europea 2018/0064 (COD). <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-131-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

¹²⁸ Ver más sobre este sistema gratuito de solución de conflictos, inserto en España en el Ministerio de Asuntos exteriores. http://ec.europa.eu/solvit/index_es.htm.

plazamiento no exceda de 18 meses (en lugar de los 24 actuales). Período a partir del cual, como se recordará, podría entenderse que se iniciaba un desplazamiento de larga duración en el marco de la nueva Directiva.

En tercer lugar, la propuesta respecto de la contratación con el fin de enviar empleados a otro Estado miembro opta por reforzar el vínculo con el sistema de Seguridad Social del Estado miembro de origen exigiendo en tales supuestos una vinculación mínima de 3 meses inmediatamente previos al inicio del empleo y la posterior publicación¹³³. Es un cambio importante, pues como ya se señaló, el Reglamento vigente no fijaba ningún período concreto de vinculación previo, mientras que la CACSS admitía como válido un mes, pudiéndose valorar períodos inferiores o incluso la mera residencia. Desde un punto de vista práctico, se puede afirmar que se reduce la capacidad de las empresas de contratar para desplazar con cierta agilidad. Además, el Parlamento en su informe, exige que se haya informado a la institución del Estado de origen (el del establecimiento del empresario) acerca del envío del trabajador. Recogiéndose la necesidad de presentar solicitud formal de mantenimiento de la legislación aplicable antes del inicio del desplazamiento. Eximiéndose de tal solicitud en los supuestos de un viaje de negocios.

En cuarto lugar, se extiende y endurece la prohibición de reemplazo. Por un lado, se les aplica a los autónomos, hasta ahora exentos. Por otro lado, se extiende su incidencia a todos los supuestos de desplazamiento, es decir, los trabajadores por cuenta ajena o autónomos no podrán reemplazar a trabajadores por cuenta ajena o autónomos desplazados previamente¹³⁴. No se especifica en la propuesta si la prohibición de reemplazo afecta sólo a trabajadores de la misma empresa o si ese dato es irrelevante, esta inconcreción en el marco de una interpretación restrictiva de la excepción a la *lex loci laboris* que el desplazamiento su-

pone, conduce a la doctrina vertida por el Tribunal de Justicia sobre el asunto Alpenrind que consideró tal distinción irrelevante, pudiéndose aplicar tal prohibición en todo caso. Tal vez esta cuestión debiera ser aclarada por el Reglamento de desarrollo.

En quinto lugar, se recoge en el Reglamento una excepción a la prohibición de reemplazo que, como se señaló, ya se venía admitiendo por las Administraciones gestoras. En efecto, cabe el reemplazo (por trabajador por cuenta ajena o autónomo) si el desplazado previamente (de nuevo, trabajador por cuenta ajena o propia) no concluyó su trabajo o actividad y siempre que la duración total para su realización, considerando todos los desplazados para cubrirlo no exceda de 24 meses¹³⁵. Esta excepción enfoca en el servicio o trabajo contratado y permite la sustitución para su finalización en el plazo indicado, de nuevo, al no distinguirse en el Reglamento tal vez pudiera entenderse que se permite el reemplazo por trabajadores de la misma o diferente empresa.

En sexto lugar, se establece que los trabajadores desplazados (por cuenta ajena o propia) por un período máximo de 24 meses, bien de forma continuada o con interrupciones inferiores a dos meses, no puede iniciarse un nuevo período de desplazamiento para ese mismo trabajador hasta que no hayan transcurrido dos meses¹³⁶. Después de este período, el contador de ese desplazado se entiende que vuelve a ponerse a cero. Esta norma, no se trata de una verdadera novedad, sino que se trae al Reglamento de desarrollo la norma contenida en la Decisión CACSS nº A 2 dotándola de eficacia jurídica normativa.

En séptimo lugar, destaca la novedosa inclusión en el Reglamento de desarrollo¹³⁷ de una definición de fraude que encaja completamente con la configurada por el Tribunal de Justicia en su sentencia Altun. Conforme a la misma, es fraude “toda acción u omisión intencionadas, con el fin de obtener prestaciones de seguridad social o de evitar pagar

¹³³ Ver la modificación del Reglamento CE/987/2009 artículo 14.1 y el punto 16 de la Exposición de motivos de la Orientación General.

¹³⁴ Ver la modificación del Reglamento CE/883/2004 artículo 12.1 y 2.

¹³⁵ Modificación propuesta del Reglamento CE/883/2004 art. 12.2.bis.

¹³⁶ Nuevo Reglamento CE/987/2009 art. 14.1 bis.

¹³⁷ Nuevo Reglamento CE/987/2009 art. 1.2.

cotizaciones de seguridad social, que contravenga el Derecho del Estado o Estados miembros correspondientes, el Reglamento de base o el presente Reglamento”. En el punto 25º de la Exposición de motivos del Reglamento de desarrollo se establece que la lucha contra el fraude y el error forma parte de la correcta aplicación de los Reglamentos, motivo por el que, en aras de la seguridad jurídica, el Reglamento de desarrollo contiene una base jurídica clara que permite a las instituciones competentes intercambiar datos personales con las autoridades competentes de otros Estados miembros, en el marco de los Reglamentos, con el fin de prevenir o detectar el fraude y el error. En ningún caso se establece específicamente que el fraude sea un verdadero límite para la naturaleza vinculante de los PD A1, pues el Estado de emisión sigue siendo el único responsable de su retirada o invalidación¹³⁸.

En octavo y último lugar se incluye en el Reglamento de desarrollo con mayor claridad y precisión las opciones que ofrece la norma de coordinación para los casos de duda sobre la validez de los PD A1 y se insta su revisión o retirada por la Administración del Estado de destino. El procedimiento de cooperación entre Administraciones en tales supuestos también se detalla, importando lo establecido antes en la Decisión CACSS nº A-1, lo que le dota de la eficacia jurídica normativa de la que esta última adolecía¹³⁹. En su seno destaca, el establecimiento de plazos más estrictos, así como la retirada retroactiva del PD A1 en caso de fraude, sólo barajándose la posibilidad de un acuerdo si existiese un riesgo de que se produjera un resultado desproporcionado.

7. ALGUNAS CONCLUSIONES

Es preciso conocer la dimensión real y las características de dos figuras presumiblemente crecientes en la UE: el desplazamiento y el desempeño normal de trabajo en dos o más Estado miembros. Fenómenos que merecen

un conocimiento fáctico más profundo para poder ser valorados, comprendidos y, en su caso, plantearse las necesarias reformas normativas precisas en el marco de la UE. Los datos actuales muestran que el fenómeno del desplazamiento no es cuantitativamente tan importante si se compara con la dimensión del mercado laboral europeo. Sin embargo, el impacto no es uniforme y puede haber sectores y países especialmente afectados por el mismo. El mercado sigue centrándose en la Europa de los 15 y el desplazamiento de trabajadores afecta mayoritariamente a trabajadores de dichos Estados, aunque la relevancia de los Estados de la Europa de los 13 es creciente.

Este artículo muestra que la intervención del legislador comunitario en relación con el desplazamiento en materia laboral y de Seguridad Social ha seguido derroteros bien diferentes y dos lógicas opuestas. La Directiva de desplazamiento es una norma antidumping, relativamente reciente, que protege a los desplazados, genera una igualdad de trato parcial, mejorando algunos derechos de los desplazados a través de la aplicación de la norma laboral del Estado miembro de destino cuando esta sea más tuitiva que la legislación aplicable al contrato. La Directiva sólo puede ser neutra para los Estados más desarrollados que, no obstante, no pueden ampliar la cobertura de la Directiva que se convierte en una norma de máximos, so pena de generar un proteccionismo incompatible con el mercado único al limitar la libre prestación de servicios. Por el contrario, los Reglamentos de coordinación, al permitir el mantenimiento de la aplicación de la legislación de Seguridad Social del Estado de origen del desplazamiento, puede generar dumping social. En este ámbito es más difícil determinar, a priori, que normativa nacional será más tuitiva, pues las expectativas de derechos pueden materializarse muchos años después del aseguramiento. Además, las normas nacionales de Seguridad Social pueden variar en el tiempo, motivo por el que los Reglamentos apuestan por más libre circulación de trabajadores y prestación de servicios en la UE. Eliminan las complicaciones que supondría un cambio temporal de la legislación nacional aplicable que abocaría siempre a la compleja aplicación de los Reglamentos, por ejemplo, respecto del reconocimiento y cálculo de pensiones.

¹³⁸ Ver nuevo Reglamento CE/987/2009 art. 5.1.

¹³⁹ Ver el nuevo texto de Reglamento CE/987/2009 art. 5 y 19 bis.

Se detecta una tendencia común restrictiva en ambos ámbitos normativos a partir de sus respectivas reformas. La última reforma de la Directiva de desplazamiento resulta paradigmática al incrementar sustancialmente la igualdad de trato para los desplazados trabajando en Estados miembros más desarrollados, especialmente cuando sean objeto de los denominados desplazamientos largos. También esa tendencia restrictiva está presente en los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. No sólo en la propuesta de reforma planteada, que se va volviendo más estricta a medida que avanza en su tramitación, también conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que impone nuevas cautelas y, en definitiva, una interpretación mucho más estricta de la excepción a la *lex loci laboris*.

En el marco del desplazamiento la persecución del fraude y el abuso, conceptos incluidos por primera vez en la propuesta de reforma de los Reglamentos, siempre resulta loable. No obstante, tal persecución no puede desembocar en una restricción desproporcionada de la libre prestación de servicios de las empresas que buscan competir legalmente prevaleciendo de las ventajas competitivas a su alcance en el mercado interior. A mi modo de ver, en su lucha contra el dumping social, que sin duda puede generar anti-europeísmo, la Comisión debería tratar de acortar las diferencias de nivel de vida y tutela social existentes entre los Estados de la Unión. Las restricciones al mercado interior, convirtiendo el desplazamiento en una posibilidad no rentable para las empresas de los Estados menos desarrollados, no parece la solución, pues les cierra una vía muy importante de crecimiento económico. La reforma 2018 de la Directiva de desplazamiento, a mi modo de ver, esconde un proteccionismo desmesurado de los tejidos empresariales de la Europa de los 15. El mantra "a igual trabajo igual salario" no supondrá trabajadores desplazados más protegidos, sino menos desplazamiento desde los Estados menos avanzados.

La regulación de los requisitos para aplicar la norma de conflicto especial del desplazamiento contenida en los Reglamentos resulta confusa y sin una lógica clara. El operador jurídico ha de tener en cuenta no solo ambos Reglamentos (Reglamento CE/883/2004 y

Reglamento CE/987/2009), su constante interpretación por el Tribunal de Justicia, también las Decisiones y Recomendaciones de la CACSS. Sería recomendable que la futura reforma de los Reglamentos incluyera y clarificara todos los requisitos exigibles, dotándoles de una eficacia jurídica que permita su control. Se trata de aclarar cuestiones relevantes y al mismo tiempo tan básicas como, por ejemplo, el plazo durante el cual existe prohibición de reemplazo. Este artículo apunta la posibilidad de que transcurridos dos meses tal prohibición se desactive, pero sería preferible incrementar la seguridad jurídica estableciéndolo expresamente.

Aunque a priori parezca lo contrario, los requisitos establecidos en los Reglamentos de coordinación para mantener la legislación de Seguridad Social de origen pueden llegar a permitir la cobertura constante, mediante desplazados, de determinados puestos con pequeños intervalos de dos meses. Asimismo, es posible que un trabajador sea constantemente desplazado durante su vida laboral, alternándose su envío a dos Estados miembros diferentes. Todos los requisitos, además, pueden ser exceptuados, especialmente desde un punto de vista temporal, por acuerdos entre las Administraciones involucradas en defensa de los derechos del trabajador.

En este contexto es preciso que se clarifique la norma de conflicto aplicable a los teletrabajadores, máxime cuando este trabajo se alterna con trabajo presencial. También resulta fundamental que la norma de conflicto destinada a los trabajadores que ejercen normalmente su actividad en varios Estados miembros, actualmente sometida a escasos requerimientos, en la medida de lo posible, se alinee con el desplazamiento y se simplifique.

Asimismo, sería deseable contar con un procedimiento simplificado para la expedición de documentos portátiles A1 puntuales y de muy breve duración. En todo caso, habría que facilitar la automatización en la expedición de los PD A1 con garantías de veracidad en plazos razonables más acordes a las necesidades del mercado.

Por último, parece adecuado que la Administración que expide un PD A1 de despla-

zamiento sea la única que lo pueda invalidar y retirar, si se quiere mantener la seguridad jurídica y la unicidad de ley aplicable. El PD A1 también ha de vincular a los tribunales nacionales en todo caso; debiéndose aclarar normativamente el alcance de cualquier excepción a tal principio fundada en el fraude, tal y como parece establecerse en la sentencia Altun. Sólo un tercero diferente a los Estados

involucrados, o los tribunales del propio Estado que lo expidió deberían poder decidir la validez de los PD A1. En este último sentido, la regulación de la futura Autoridad Laboral Europea tal vez debiera contemplar la posibilidad de un arbitraje voluntario, como un procedimiento más ágil que descargara al Tribunal de Justicia de este tipo de controversias y agilizara la respuesta.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

Este artículo, en primer lugar, ofrece una visión panorámica de cuál ha sido la intervención normativa de la Unión Europea respecto del desplazamiento, tanto desde un punto de vista laboral como de Seguridad Social. Ambos bloques normativos se articulan de muy diferente manera, aunque poseen conexiones evidentes e incluso una tendencia común en el marco de sus respectivas reformas.

En materia de Seguridad Social los Reglamentos de coordinación, existentes desde 1958, pretenden facilitar la movilidad y la protección de la libre prestación a costa de generar, en ocasiones, dumping social. En efecto, se permite la desigualdad de trato de los desplazados frente a los trabajadores del Estado de destino, al permitir la aplicación temporal de la legislación de Seguridad Social del Estado de origen y sus correspondientes exigencias contributivas. Muchos años después, en la segunda mitad de los años 90, aparecería la Directiva de desplazamiento (Dir. 96/71/CE) que precisamente es una norma antidumping que impone una igualdad de trato parcial, mediante la aplicación de la ley laboral del Estado de destino sobre ciertas materias muy relevantes, siempre que sea más tuitiva que la aplicable al contrato de trabajo. La Directiva pretende proteger los derechos laborales de los desplazados manteniendo un difícil equilibrio con la libre prestación de servicios que, sin duda, coarta. Llama la atención que no es una norma de mínimos laboral que pueda avanzar en la protección de los trabajadores, es una norma de máximos, pues cualquier incremento unilateral de la tutela, más allá de lo establecido, queda prohibida al vulnerar la libre prestación de servicios. El artículo, subraya que la Directiva, neutra para los Estados más desarrollados, incide sobre las empresas de los Estados menos avanzados que han de realizar la mencionada equiparación, mejorando las condiciones de sus trabajadores, perdiendo competitividad.

El estudio aporta posibles razones que explican este diferente enfoque del Derecho de la UE en los ámbitos laborales y de la Seguridad Social. La principal razón estriba en el propio tipo de normativa sobre la que inciden y la dificultad intrínseca que supone intentar adoptar un enfoque netamente tuitivo en el marco de los Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social, necesariamente asociados a derechos de lenta maduración.

El artículo pone de manifiesto que, a pesar de tales diferencias, ambos bloques normativos poseen una tendencia común, pues sus respectivas reformas parecen tener un efecto restrictivo sobre el mercado único que va más allá de la limitación del fraude y el abuso. La apuesta creciente por la igualdad de trato en el marco de la Directiva y la exigencia de mayores requisitos para esquivar la *lex loci laboris* al amparo de los Reglamentos de coordinación, pueden lastrar la competitividad de las empresas, especialmente las de los Estados menos desarrollados. El artículo se pregunta si esas medidas son el mejor método para disminuir las enormes diferencias económicas entre Estados miembros. Diferencias de las que, sin duda, deriva la competencia a la baja en los derechos sociales, como una manifestación del dumping social que parece quererse limitar. Mi conclusión es que la aplicación de estas normas reformadas seguramente no generará una mayor protección de los desplazados provenientes de los Estados menos desarrollados, sino simplemente un menor desplazamiento, menos mercado interior en la UE y me pregunto si ¿ya no se pretende la equiparación de las condiciones laborales por la vía del progreso? ¿Dejó de funcionar la famosa mano invisible?

En segundo lugar, el artículo aporta datos para conocer la magnitud del fenómeno del desplazamiento y sus características en el Espacio Económico Europeo y Suiza. La información disponible parece claramente insuficiente, pues sólo se consigue una aproximación a su número y al origen y destino de los principales flujos del desplazamiento o su duración. Frente a los números globales, resulta imprescindible avanzar en los detalles, pues resulta evidente que la incidencia del desplazamiento no es uniforme en todos los Estados, ni en todos los sectores. La información se ha incrementado con el intercambio impuesto por la Directiva 2014/67/UE, ya se está cruzando con los manejados a partir de los PD A1, esperemos todos estos datos concuerden y no nos sorprendan demasiado.

En tercer lugar, el estudio se centra en los Reglamentos de coordinación, ofreciendo, desde una perspectiva práctica, un análisis crítico de los requisitos a los que se supedita la aplicación de la norma de conflicto especial contenida en el Reglamento de base a favor de los desplazados que permite mantener la vinculación exclusiva con la Seguridad Social del Estado de origen del desplazamiento (Rgto. CE/883/2004 art. 12). El análisis se centra en los requisitos para su aplicación, empezando por los trabajadores por cuenta ajena exigiéndose un vínculo entre trabajador y empresa, que esta última desarrolle una actividad sustancial en el Estado de origen del desplazamiento y el aseguramiento del trabajador a su sistema de Seguridad Social. Además, el desplazamiento ha de ser previsiblemente temporal, existiendo una prohibición de reemplazo entre trabajadores desplazados cuyo alcance y aplicación práctica ha sido clarificada por la reciente sentencia del Tribunal de Justicia sobre el asunto Alpenrind C-527/16. Asimismo, se analizan los requisitos, mucho menos exigentes, establecidos para el desplazamiento de trabajadores por cuenta propia que también pueden decidir desplazarse temporalmente a realizar su actividad profesional a otro Estado miembro.

En cuarto lugar, el artículo examina algunas cuestiones sobre la expedición del documento portátil (en lo sucesivo PD A1) por la Administración de Seguridad Social del Estado de origen, y que se acredita la correcta vinculación del desplazado a ese sistema de Seguridad Social. Tras analizar el impacto que ha tenido la recientísima Recomendación de la CACSS nº A1 en el proceso de expedición de estos documentos, el estudio enfoca en sus efectos jurídicamente vinculantes. La cooperación leal, el respeto a la unicidad de ley aplicable y la exigencia de seguridad jurídica obliga a que los PD A1 vinculen a la Administración de Seguridad Social y a los propios tribunales del Estado de destino. El artículo muestra cuales son los mecanismos que se pueden poner en funcionamiento en caso de desacuerdo o dudas de la Administración del Estado de destino sobre su validez, corrección. Además, analiza que sucede si un tribunal de ese Estado lo considera fraudulento, siempre a la luz de la polémica y muy reciente sentencia del Tribunal de Justicia sobre el asunto Altun y otros C-359/16, delimitando su alcance práctico.

En quinto lugar, se analizan las principales novedades que los futuros Reglamentos traerán respecto del desplazamiento, si finalmente son aprobados durante la primavera de 2019. La propuesta de la Comisión de diciembre de 2016 sufrió algunos cambios en el Consejo y actualmente está pendiente de aprobación en el Parlamento Europeo. Los cambios no son sustanciales, apreciándose una tendencia a incluir en el marco de los Reglamentos cuestiones hasta ahora reguladas en las Decisiones y Recomendaciones de la Comisión Administrativa y, por tanto, carentes de eficacia jurídica normativa.

Finalmente, se recogen algunas conclusiones que considero relevantes respecto a la materia analizada.

Palabras clave: Desplazamiento, mercado único, dumping social; Directiva 96/71/CE; Directiva 2014/67/UE; Directiva (UE) 2018/957; PD A1; Documento portátil A1; Prohibición de reemplazo; Prohibición de sustitución, Directiva de desplazamiento; Directiva (UE) 2018/957; Normativa de coordinación, Reforma de la norma de coordinación; Reglamento CE/883/2004; Reglamento CE/987/2009; ELA; ALE; Autoridad Laboral Europea, dumping social, colaboración leal, Solvit, asunto Altun C-359/16; asunto Alpenrind C-527/16, Reglamentos de coordinación, Reglamento CE/883/2004; Reglamento CE/987/2009; Directiva (UE) 2018/957. PD A1, Documento portátil A1. Comisión Administrativa para la coordinación de los sistemas de seguridad social. Decisión nº A-1; Decisión nº A-2 y Recomendación nº A-1.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT First of all, this article offers a panoramic view of what has been the regulation intervention of the European Union regarding posting, both from a labour and a Social Security point of view. Both regulations are articulated in a very different way, although they have obvious connections and even a common tendency within the framework of their respective reforms.

In terms of Social Security, the Coordination Regulations, which have existed since 1958, aim to facilitate mobility and protection of free provision at the expense of generating social dumping occasionally. The unequal treatment of posted workers is indeed allowed in relation to the workers in the host State, by allowing the temporary implementation of the Social Security legislation of the State of origin and its corresponding tax requirements. Many years later, in the second half of the 90s, Directive 96/71/EC on posting of workers was passed, which is precisely an anti-dumping rule that imposes the equality of partial treatment, through the implementation of the labour law of the host State on certain relevant matters, provided that it is more protective than that applicable to the work contract. This Directive seeks to protect the labour rights of posted workers, maintaining a difficult balance with the free provision of services which, undoubtedly, limits them. It is striking that it is not a minimum requirement labour law aimed at protecting workers, it is a regulation of maximum requirements, as any unilateral increase in guardianship, beyond the established, is prohibited because of the violation of free provision of services. The article underlines that the Directive, which is neutral for the most developed States, has an impact on the companies of the less advanced States that have to make the aforementioned comparison, improving the conditions of their workers, losing competitiveness.

The study provides possible reasons that explain this different approach to the EU law in the fields of labour and Social Security. In my opinion, the main reason lies in the very type of legislation that affects them and the intrinsic difficulty of trying to adopt a purely protective approach within the framework of the Coordination Regulations of the Social Security, necessarily associated with slow maturing rights.

The article shows that, despite such differences, both regulations have a common tendency, since their respective reforms seem to have a restrictive effect on the single market which goes beyond the limitation of fraud and abuse. The growing commitment to equal treatment within the framework of the Directive and the need of greater requirements to avoid the *lex loci laboris* under the Coordination Regulations, can weigh on the competitiveness of companies, especially those of less developed States. The article questions if these measures are the best method to reduce the enormous economic differences between Member States. These differences undoubtedly lead to the downward competition in social rights, as a manifestation of social dumping that needs to be limited. My conclusion is that the implementation of these reformed regulations will surely not generate a greater protection of posted workers coming from less developed States, but simply a reduction of posting, less internal market in the EU: Is it no longer intended to make working conditions equal by means of progress? Did the famous invisible hand stop working?

Secondly, the article provides data to know the magnitude of the posting phenomenon and its characteristics in the European Economic Area and Switzerland. The available information seems clearly insufficient, since only an approximation to its number and the origin and destination of the main flows of posting or its duration is achieved. In relation to global numbers, it is essential to put forward the details, since it is evident that the incidence of posting is not uniform in all the States, nor in all the sectors. The information has

increased due to the exchange imposed by Directive 2014/67/EU, and data are already being double-checked with those handled from the PD A1; we hope all these data agree and do not surprise us too much.

Thirdly, the study focuses on the Coordination Regulations, offering from a practical perspective, a critical analysis of the requirements for the implementation of the special conflict rule contained in the basic Regulation in favour of posted workers that allows to maintain the exclusive bond with the Social Security of the State of origin (Regulation EC/883/2004 article 12). The analysis focuses on the requirements for its implementation, starting with employees and requiring a bond between the worker and the company, that the latter develops a substantial activity in the State of origin and the worker benefits from the Social Security system in the country of origin. In addition, posting is likely to be temporary, with a prohibition of replacement among posted workers whose scope and practical application has been clarified by the recent judgement of the Court of Justice on the Alpenrind case C-527/16. Also, we also analyse the much less demanding requirements established for the posting of self-employed workers who can also decide to move temporarily to carry out their professional activity to another Member State.

Fourth, the article discusses some questions on issuing the Portable Document (hereinafter PD A1) by the Social Security Administration of the State of origin, and that the correct bond between the posted worker and the mentioned Social Security system is credited. After analysing the impact that the recent Recommendation No.A1 of the ACCSS has had in the process of issuing these documents, the study focuses on its legally binding effects. Loyal cooperation, respect for the uniqueness of applicable law and the requirement of legal security requires that PD A1 binds the Social Security Administration and the Courts of the host State. The article shows which are the mechanisms that can be put into practice in case of disagreement or doubts from the Administration of the host State about its validity, correctness. In addition, it analyses what happens if a Court of that State considers it fraudulent, always in the light of the controversial and very recent judgement of the Court of Justice on the Altun case and other C-359/16, delimiting its practical scope.

Fifth, we analyse the major developments that future regulations will bring in relation to posting, if they are finally passed in the spring of 2019. The Commission proposal of December 2016 underwent some changes in the Council and is currently pending approval in the European Parliament. The changes are not substantial, and there is a tendency to include in the framework of the Regulations issues that have been regulated up to now in the Decisions and Recommendations of the Administrative Commission and, therefore, lacking normative legal efficacy.

Finally, some conclusions that I consider relevant with respect to the analysed subject are included.

Keywords: Posting, single market, social dumping; Directive 96/71 EC; Directive 2014/67 EU; Directive (EU) 2018/957; PD A1; Portable Document A1; Prohibition of replacement; Prohibition of substitution, Directive on posting; Directive (EU) 2018/957; Coordination Regulation, Reform of the Coordination Regulation; Regulation EC/883/2004; Regulation EC/987/2009; ELA; European Labour Authority, social dumping, loyal collaboration, Solvit, Altun case C-359/16; Alpenrind case C-527/16, Coordination Regulations, Regulation EC/883/2004; Regulation EC/987/2009; Directive (EU) 2018/957; PD A1, Portable Document A1. Administrative Commission for the Coordination of Social Security Systems. Decision n°. A-1; Decision n°. A-2 and Recommendation n°. A-1.

La directiva sobre desplazamiento de trabajadores: convergencias y divergencias con los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social europeos*

Directive on posting of workers: convergences and divergences with the coordination regulations of the European social security systems

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO**

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de un monográfico relativo a la “Movilidad laboral en la Unión Europea y la Seguridad Social”, donde intervienen destacadísimos juristas especializados en dichas cuestiones, resulta, cuanto mínimo, abrumador para la suscribiente tratar de analizar alguna cuestión conexas con la temática general que, además, pueda resultar de interés para el eventual lector/a del mismo. Es justo confesar, por tanto, que la invitación cursada para participar en este monográfico junto al impresionante elenco de autores a

los que mi modesta firma acompaña me provoqué una doble suerte de sensaciones, donde prima más el vértigo y la responsabilidad por realizar un trabajo atractivo y meditado sobre el particular que el honor y la satisfacción que me supone poder contribuir en una obra de semejantes características. Confesada, ab initio, mi propia debilidad profesional al enfrentarme con un campo de estudio como el de la seguridad social, que siempre me ha resultado un ámbito árido, complejo y difícil, entiendo posible aportar –siquiera tímidamente– algunas reflexiones en relación con el análisis de la regulación atinente al supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores en el seno de la UE.

* Esta contribución, cerrada a 30-9-2018, forma parte de los trabajos que se desarrollan dentro del Grupo de Investigación titulado: “Derecho transnacional del trabajo y transporte” (Ref. GIU15/04), financiado por la UPV/EHU, y en el marco del Proyecto de Investigación DER2017-83040-C4-1-R: “Hacia un nuevo modelo de Derecho transnacional del Trabajo”, cuya IP –en ambos casos– es quien esto suscribe.

** Profesora T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

Más en particular, mi intención es abordar el *iter* sufrido desde la propuesta de reforma de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional hasta la reciente adopción de la Directiva 2018/957, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de

junio de 2018¹, que modifica la anterior. En concreto, la intención de la suscribiente tiene por objeto analizar dicha evolución en relación con la interacción existente entre alguna de las modificaciones que se cernían sobre aquella norma con respecto de la regulación aplicable a esta tipología de trabajadores móviles desde la perspectiva del Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social en la UE. A ello debe añadirse que en el conjunto de estas reflexiones se tomará en consideración, a su vez, y como es lógico, la jurisprudencia emitida por el TJUE en los últimos tiempos, fundamentalmente y por lo que respecta a los trabajadores de distintos sectores del transporte y a los que también se les aplica la Directiva sobre desplazamiento², donde es fácil observar una cierta querencia para la resolución de los problemas que aquí pretendemos atacar atrayendo algunas soluciones contenidas en el bloque relativo a la determinación del *Ius* desde la perspectiva de la Seguridad Social³; lo que nos lleva a reflexionar sobre el alcance general de estas aproximaciones a la hora de resolver delicados problemas jurídico-laborales y de protección social en la superficie y de carácter económico-competitivo (y político) en su esencia.

2. EL PROBLEMA CLÁSICO DE LA REGULACIÓN RELATIVA AL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES TRANSNACIONAL: LA CONCRECIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN LOS INSTRUMENTOS DE DETERMINACIÓN DEL IUS Y LOS INTENTOS POR ATRAER UN LÍMITE SIMILAR AL ESTABLECIDO EN EL REGLAMENTO DE COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

A estas alturas, señalar que una de las grandes dificultades que han existido y existen en relación con la regulación del fenómeno del desplazamiento temporal de trabajadores

sea el de la concreción de la noción de temporalidad a partir de la cual el contrato de trabajo plurilocalizado de aquéllos quedará regido o mejor dicho corregido, siquiera parcialmente, por un conjunto de disposiciones denominado “núcleo duro” en el Estado de acogida, puede resultar vacuo. En efecto, la inclusión o no de un plazo de acuerdo con el cual pueda determinarse desde el plano jurídico-laboral el ordenamiento jurídico-laboral aplicable (*lex contractus/lex loci laboris*=país de origen más núcleo duro de disposiciones del Estado de acogida) o, en su caso, superado dicho plazo, modificación de la *lex contractus* a favor del ordenamiento jurídico laboral del inicial Estado de acogida que ya se convierte en estable y duradero *ex post*, ha sido y es una cuestión sumamente problemática desde antiguo⁴. Y ello así, porque la perspectiva conceptual desde la que se aproximan los instrumentos de aplicación a la cuestión, esto es, el Reglamento Roma I y/o la Directiva 96/71/CE son, como es bien sabido, divergentes a la hora de regular la estabilidad o, para ser más exactos, la habitualidad en la prestación de servicios en los contratos de trabajo plurilocalizados y por ende también del tratamiento jurídico que del desplazamiento realizan, de una manera u otra, ambas regulaciones. Ahora bien, a pesar de que ambos instrumentos respondan a objetivos e intereses diversos, la interrelación existente entre una y otra es también evidente, no en vano ya sea en el transcurso de comunitarización del Convenio de Roma sobre

⁴ En este contexto, me gustaría señalar que casi nada de lo actualmente debatido es novedoso. Sobre el problema concreto del desplazamiento temporal ya se pronunció hace años el Prof. RODIÈRE, P. “Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail (Mars 1972)”, *Revue Trimestrielle de Droit européenne* 1973, pp. 1-28. A estos efectos, y a su vez, me gustaría aquí referirme a varias obras que deberían ser siempre citadas (y obviamente leídas y consultadas) en el marco del análisis de cualquier cuestión relacionada con el contrato de trabajo internacional, inclusive en materia de desplazamiento. En concreto, me refiero al inmenso trabajo del Prof. MOURA RAMOS, R.M. *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Almedinha, Coimbra, 1991, cuya lectura recomiendo a cualquiera que se interese por estas cuestiones, puesto que, a pesar de los años transcurridos desde su publicación, es una de las obras –a mi juicio– más completas que existen sobre el particular. Y lo mismo cabe decir, si bien desde la doctrina nacional, del trabajo de ZABALO ESCUDERO, M^ºE. *El contrato de trabajo en el Derecho Internacional Privado español*, editorial Bosch, Barcelona, 1982.

¹ DOUE L173, de 9 de julio de 2018.

² A excepción hecha, como se sabe, del personal navegante de la marina mercante. A mayor abundamiento, *vid.* nota al pie nº 30 de este mismo texto.

³ Aunque en honor a la verdad también desde la perspectiva del Forum.

ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 (CR) en el actual Reglamento Roma I, ya sea durante el proceso, ahora ya concluido, de modificación de la Directiva 96/71/CE original, la cuestión de la identificación de la habitualidad/temporalidad ha estado no sólo latente, sino que ha sido prioritaria para las instituciones que han abordado dicha problemática. Y en este marco, no podemos olvidar, ni desdeñar la influencia –directa o indirecta, mediante la interpretación operada por el TJUE en algunos casos– que el bloque sobre ley aplicable en materia de seguridad social representada por los criterios contenidos en el actual Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de seguridad social ostenta para el trasfondo de la regulación sobre desplazamiento, puesto que esta norma sí prescribe un período predeterminado en relación con en esta tipología de movilidad internacional de trabajadores que se cifra en 24 meses, durante los cuales el trabajador desplazado seguirá estando afiliado al Estado de origen y, en consecuencia, sujeto a la legislación de seguridad social de tal Estado, amén de establecer criterios específicos para algunos trabajadores del transporte insertos en supuestos de movilidad transnacional en la prestación de servicios.

Como es bien conocido, por tanto –en cuanto que no descubro el potosí–, nos encontramos ante un mismo supuesto de movilidad que queda afectado por tres regulaciones distintas (Roma I; Directiva 96/71/CE y Reglamento 883/2004) desde la perspectiva de la determinación del ordenamiento jurídico laboral aplicable y de la seguridad social a los trabajadores desplazados. Así, y aun partiendo todas ellas del criterio de ejecución de servicios con carácter habitual en un único país y consecuentemente de priorizar la aplicación de la *lex loci laboris* (principio de territorialidad⁵), buscan –cada una de ellas en sus

respectivos ámbitos– amparar el supuesto de desplazamiento temporal, si bien de manera no homogénea⁶. La ausencia de uniformidad en cuanto al tratamiento del desplazamiento de trabajadores en sus diversas vertientes y de la aproximación dada a la noción de “*lex loci laboris*” ha originado que las fricciones normativas existentes entre aquéllas hayan dado lugar, al menos en una parte importan-

1972; sin perjuicio –obviamente– de mantener un cierto anclaje territorial para las situaciones estrictamente nacionales o de aquéllas para las cuales se imposibilita la armonización, al menos, a escala europea. Así, SUPPIOT, A. “Reflexions sur le dépensement de l’Etat”, *Lex Social-Revista jurídica de los Derechos sociales* n° 1, vol. 8, 2018, pp. 365-381. De manera similar se pronuncian los teóricos del DIPr., donde ponen de manifiesto que la edificación de esta disciplina sostenida en la existencia de diversos Estados no encuentra su acomodo en la realidad actual, al encontrarse fuertemente afectada por el impacto que sobre el Derecho produce la globalización económica. En este último sentido, y entre otros trabajos de MUIR WATT, H, *vid.* “Aspects économiques du droit international privé. Réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions”, *Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours* t. 307 (2004), Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff, 2004. También de la misma autora: “La globalisation et le droit international privé” en ANCEL, B.; AUDIT, M. y LAGARDE, P. (Eds): *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 591-606. En este contexto y en relación con la aplicación del principio de territorialidad y el desplazamiento se pronuncia expresamente la profesora SCHMITT, M. quien defiende y señala expresamente que “*Le détachement déroge au rattachement et donc, «au principe de territorialité du droit social»*” en “Le détachement des travailleurs dans le cadre d’une prestation de service transnationale” en *Droit du travail de l’Union Européenne*, Manuel, Bruxelles, Larcier, 2012, p.162. Por lo que respecta al principio de territorialidad desde la perspectiva de la Seguridad social comunitaria, PATAUT, E.: “Territorialité et coordination en droit international privé: L’exemple de la sécurité sociale” en *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 663 y ss. *Vid.* Versión electrónica <http://www.lgdj.fr/melanges-en-l-honneur-du-professeur-pierre-mayer-9782275047034.html>. <halshs-01348972>.

⁶ Por todos, me remito aquí a los recientes trabajos de GOMÉZ ABELLEIRA, FJ: “Desplazamiento transnacional laboral genuino y Ley aplicable al contrato de trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2018), Vol. 10, n° 1, pp. 213-232 y los por él allí citados, así como el trabajo de RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2018. Por su parte, y obviamente, aquí se ha de citar también el trabajo de LLOBERA VILA, M.: *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, quien analiza de manera extensa y en profundidad la falta de homogeneidad a la que nos referimos *supra*.

⁵ Ahora bien, la aplicación del principio de territorialidad en el contexto de las relaciones de trabajo transnacionales se encuentra en entredicho, dado que las diversas transformaciones operadas sobre la disciplina, a propósito de la progresiva deslocalización de las industrias y la movilidad de los trabajadores, ha originado que hablemos de una cierta desnacionalización y/o des-territorialización del Derecho del Trabajo, que pone en relativo jaque la concepción tradicional de esta disciplina, calificada como un proyecto doméstico vinculado a un territorio, tal y como sostuviera Kahn-Freund en el año

te, a la existencia del denominado dumping social en el marco de este fenómeno, y que no derivan únicamente de la búsqueda de un ordenamiento jurídico laboral favorable al prestador de servicios que desea reducir costes laborales, sino sobre todo y ante todo de la búsqueda de unos menores costes en materia de protección social; elementos que impactan de manera muy relevante en la competitividad de las empresas prestadoras de servicios en el ámbito comunitario.

Expuestas estas consideraciones generales, conviene a continuación adentrarse -en primer lugar- en el proceso de transformación operado ya sea sobre Roma I y/o sobre la Directiva 96/71/CE, que han intentado incluir un parámetro temporal similar al contenido en el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social.

2.1. Las dificultades encontradas para la concreción de la “temporalidad” en el marco de la conversión del Convenio de Roma en Reglamento Roma I

La distinta forma en la que el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR) y la Directiva 96/71/CE afrontan y afrontaban el fenómeno del desplazamiento temporal, ya sea en relación con la concreción del ordenamiento jurídico aplicable *ex lex loci laboris* y/o la aplicación de las normas imperativas del Estado de acogida respectivamente (en tanto que correctoras de la ley de origen); supuso una de las principales cuestiones de debate en el transcurso de conversión del CR en Reglamento Roma I. Y es que ya desde la publicación del Libro Verde en el año 2002 se observaba que esta primera dificultad ocupaba gran parte de las preocupaciones de la Comisión⁷, no en vano ya se hacía

⁷ Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización [Documento COM (2002) 654 final, de 14 de enero de 2003] en cuyo Considerando se establecía que “Por lo que se refiere al contrato individual de trabajo, la norma de conflicto debe permitir identificar el centro de gravedad de la relación laboral más allá de las apariencias. Esta norma no afecta a la aplicación de las leyes de policía del país de desplazamiento, prevista por la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996,

referencia en ese momento a las diferencias existentes entre ambos bloques normativos por lo que respecta a la problemática derivada de la “duración” del desplazamiento⁸, así como con respecto al supuesto fáctico desde la que ambas normas parten para regular la cuestión. De este modo, y por lo que respecta al supuesto fáctico, la Comisión ya avanzaba en el citado Libro Verde que para la aplicación de las normas de la Directiva 96/71/CE es necesario que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador desplazado, de tal manera que en cuanto se celebra un nuevo contrato con la empresa de acogida, deja de haber desplazamiento en el sentido de la Directiva. Y a sensu contrario, para el CR se puede estar en presencia de un desplazamiento temporal incluso en los casos en los que el trabajador celebre un nuevo contrato de trabajo en el país de acogida; permitiendo a estos efectos la aplicación de la normativa designada por el criterio que analizamos a los supuestos de movilidad intra-grupal en el seno de un grupo de sociedades. En consecuencia, y ya desde la perspectiva de la duración del desplazamiento, se apuntaba que en el sentido del CR es sobre todo la duración (en principio temporal, aunque incierta y, por tanto, sujeta a la interpretación del juez que conozca del asunto) la que permite calificar el envío al extranjero como “desplazamiento temporal”, a diferencia de la Directiva 96/71/CE, para la que la duración no es pertinente. Pues bien, ante estas circunstancias, tanto el Groupe européen de droit international privé (GEDIP⁹) como el Instituto Max Planck de

sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”.

⁸ Consúltese a tal efecto el trabajo de YBARRA BORES, A.: “El carácter temporal en el desplazamiento internacional de trabajadores a efectos de la determinación de la ley rectora del contrato de trabajo: hacía un concepto autónomo de temporalidad en el marco del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980”, *Revista Universitaria de ciencias del trabajo*, nº 6, 2005, pp. 655-673. Por su parte, y más recientemente, entre otros modos, se cita aquí el trabajo de PATAUT, E.: “Détachement et fraude à la loi – Retour sur le détachement de travailleurs salariés en Europe”, *Revue de Droit du Travail*, Dalloz, 2014, pp.23-34. <halshs-01302192>, por cuanto que aborda la práctica imposibilidad de definir la noción de desplazamiento.

⁹ GEDIP: *Réponse au Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation*, realizado en la reunión celebrada en Viena los días 19 a 21 de septiembre de

Hamburgo¹⁰ emitieron sus comentarios con respecto al Libro Verde y propuestas de mejora por lo que se refiere a esta cuestión en particular, centrando su parecer en el elemento objetivo –temporalidad– del desplazamiento, dado que el ánimo de retorno al país de origen, como elemento subjetivo del fenómeno se aceptaba sin reservas, tanto por parte de la propia Comisión, como por parte de los Institutos mencionados¹¹.

Así, por una parte, el GEDIP propuso dos soluciones para tratar de introducir cierta seguridad jurídica a los efectos del art. 6 CR, que se concentraban en primer lugar, en examinar el carácter temporal del desplazamiento a la luz de la intención de las partes a priori, de modo que sería temporal un desplazamiento previsto por un período delimitado de tiempo o para una misión determinada o, en segundo lugar, que la apreciación de la existencia de un desplazamiento se realizara por parte del juez a posteriori, esto es, en función de la duración efectiva del mismo, caso por caso, eventualmente según un plazo fijado en el Convenio, similar al establecido en

2003. Vid. <https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-13rlv.html>, apartados 17 a 24.

¹⁰ Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law: Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization: *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* vol. 71. 2007, pp. 225-344.

¹¹ Como se sabe, los elementos que dotan de contenido a la noción de temporalidad han sido los que se han venido edificando por la doctrina que es la que ha descrito sus notas definitorias. Así, el concepto tradicional de desplazamiento descansa sobre la existencia de un centro de gravedad fijo situado en el país de origen, donde el trabajador presta servicios con carácter habitual. Asimismo, son elementos caracterizadores de esta situación la temporalidad en la ejecución de servicios en otro país, así como la pervivencia del vínculo que le une al empresario de origen y el ánimo de retorno, tal y como describe COUTURIER, G.: "La situation née du départ du salarié, aspects de droit du travail", *Droit Social* nº 11, 1991, p. 844. En el mismo sentido, JUÁREZ PÉREZ, P.: "El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado", *Relaciones Laborales* nº 7, 1999, p. 83 o BELTRÁN MIRALLES, S.: "Comentario a la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios", *Actualidad Laboral* nº 19, 2000, p. 325.

el marco de la seguridad social comunitaria¹². Como es visible, el GEDIP mantuvo una posición abierta con respecto a las posibles soluciones que podrían darse a este supuesto siempre sobre la base de la fijación de un límite temporal incluido en el texto. No obstante, el Instituto Max Planck, rechazó –a mi entender con muy buen tino– el que se incluyera un límite temporal, por ejemplo procedente del entonces Reglamento nº 1408/71 de coordinación de sistemas de Seguridad Social, dada la necesaria flexibilidad que debe regir a la hora de que el órgano jurisdiccional competente analice caso por caso la existencia de desplazamiento o no y no se sujete la aplicación de las normas imperativas del país de acogida de acuerdo con la Directiva 96/71/CE a una cierta arbitrariedad en el establecimiento de un límite fijo a partir del cual se mantiene la *lex contractus* designada por la ejecución habitual de servicios en el país de origen o éste se modifique cuando el trabajador comience a prestar servicios con carácter habitual en el país de destino.

Pues bien, a resultas de los debates y propuestas recibidas a propósito del Libro Verde, sí que es cierto que en la propuesta de Reglamento Roma I se trató de introducir alguna especificación al respecto, siendo la dicción propuesta la que sigue: "A falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato individual de trabajo se regirá:

(a) por la ley del país en el cual o a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo. No se considera que cambia el lugar de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país. La realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de

¹² Por su parte, también mostraron una preocupación por el supuesto del desplazamiento temporal al interno de los grupos de empresas, indicando que el CR podría precisar que la celebración de un nuevo contrato con un empresario del mismo grupo no excluye el desplazamiento.

empresas que el empleador originario no excluye que el trabajador realice su trabajo en otro país de manera temporal”.

En otras palabras, se introdujo en la letra del precepto una especificación sobre el elemento subjetivo del desplazamiento temporal no discutido durante el proceso, según el cual el ánimo de retorno constituye un elemento esencial para considerar que no se modifica la *lex contractus* aplicable al contrato de trabajo, así como una mención orientada a satisfacer una de las preocupaciones subsistentes en el proceso, esto es, la protección de los trabajadores en el marco de los desplazamientos en el seno de un grupo de empresas. O, dicho de otra manera, finalmente la propuesta de Reglamento obvió la introducción de un elemento temporal fijo (GEDIP) para ser aplicado *ex ante* o *ex post* por parte del juez que conozca del asunto, así como de una indicación temporal presunta (Max Planck) a título orientativo. Y en estas circunstancias se adoptó el Reglamento Roma I que, como se sabe, no contiene en su articulado alusión alguna con respecto al elemento temporal¹³.

2.2. De la ausencia de un criterio temporal para determinar la existencia de desplazamiento transnacional de trabajadores hacia el establecimiento de alguna pauta en tal sentido, primero en la Directiva 2014/67/CE y luego, en la propuesta de Directiva 2016

Como se ha podido comprobar, a pesar de los esfuerzos operados en el transcurso de modificación del CR y su conversión en el actual Roma I, no se produjo resultado alguno en relación con la concreción del elemento de temporalidad en los supuestos de desplazamiento. Ahora bien, del mismo modo que estos instrumentos conflictuales han permanecido silentes en relación con la concreción de un plazo

que defina la temporalidad intrínseca que debe presidir el desplazamiento de trabajadores, tampoco el instrumento *ad hoc* adoptado en el año 1996, esto es, la Directiva 96/71/CE introdujo ninguna precisión al respecto. La situación originada con la ausencia de un límite temporal a partir del cual se aplica o no la Directiva 96/71/CE se ha mantenido incólume incluso a partir de la modificación operada sobre este instrumento por la Directiva 2014/67/UE¹⁴ y también, como veremos después, por la producida ex Directiva 2018/957. Y ello con independencia de que esta norma (Directiva 2014/67/UE) sí parecía obrar un intento por acercar nociones similares provenientes de la regulación sobre sistemas de coordinación en materia de seguridad social, lo que hubiera dado como resultado la inclusión de una referencia -en aquel momento- de 24 meses en tal sentido¹⁵. *A priori*, es posible afirmar la posibilidad de que los redactores de la reforma acometida mediante la Directiva del año 2014 consideraran “peligroso” optar por la introducción de un período máximo de duración de la temporalidad (al igual que sostuviera anteriormente el Instituto Max Planck), dado que a la par que introduce una referencia que otorga seguridad jurídica, permite utilizar el manejo de una referencia fija para eludir (eventualmente) la aplicación de la norma, dado que podría ser objeto de manipulación por la parte contractualmente fuerte en la relación laboral en defensa de sus intereses. Si bien ello es así, se ha de señalar que la Directiva del año 2014, una vez hecha la renuncia por aplicar la referencia contenida en el sistema de seguridad social europeo, incorpora de manera paradójica en el considerando duodécimo

¹⁴ Sobre el particular, FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista de Derecho social* n° 70, 2015, pp. 123-147.

¹⁵ En concreto se pretendía atraer el límite temporal contemplado en el art. 12.1 del Reglamento 883/2004 señala que “la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de 24 meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona”.

¹³ Además de ello, tampoco se incorpora mención alguna por lo que respecta al elemento subjetivo o ánimo de retorno calificador de esta tipología de movilidad internacional de trabajadores, ni tampoco incorpora finalmente una especificación concreta con respecto a los desplazamientos en los grupos de sociedades; extremos éstos -los dos últimos- que pasan a introducirse en los considerandos 34 y 36 del Reglamento Roma I.

una mención¹⁶, de acuerdo con la cual introduce como indicio conducente a la determinación de la inexistencia de desplazamiento temporal la ausencia de un certificado relativo a la legislación aplicable en materia de seguridad social que contempla el Reglamento (CE) n° 883/2004, cuestión ésta objeto de diversos pronunciamientos recientes por parte del TJUE¹⁷.

Ahora bien, hecha esta precisión, no es menos cierto que la Directiva 2014/67/UE

¹⁶ En palabras de DEFOSSEZ, A.: "La Directive 2014/67/UE relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs : un premier pas dans une bonne direction", *Revue Trimestrielle de Droit Européenne* 2014, pp. 833 y ss.

¹⁷ En efecto, como es sabido, sobre la cuestión del certificado A1 y su validez se han venido sucediendo diversos pronunciamientos recientemente. Así, si bien es verdad que el TJ pareció abrir una línea interpretativa interesante y esperanzadora con respecto al hecho de que sólo el país de origen tiene la capacidad para retirar el certificado pertinente, de acuerdo con lo expresado en la sentencia del TJUE de 6 de febrero de 2018, Asunto C-359/16, caso Altun en la que el Tribunal de Luxemburgo elimina el blindaje a los certificados PD A1 (antiguo E101) que pueden no ser tenidos en cuenta por los tribunales del Estado receptor del desplazamiento exclusivamente en los casos de fraude; lo cierto es que con posterioridad parece haber rectificado esta posición en función de lo señalado en la STJUE de 11 de julio de 2018, Asunto C-356/15, Recurso por incumplimiento Comisión contra el Reino de Bélgica, así como en la STJUE de 6 de septiembre de 2018, Asunto C-527/16, caso Gebietskrankenkasse. A pesar de ello, habremos de estar también, para confirmar un parecer u otro, al pronunciamiento que dicte el mismo tribunal a propósito de la petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de grande instance de Bobigny (Francia) el 19 de junio de 2018, Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civil (CRPNPAC) contra Vueling Airlines, S.A., Asunto C-370/17, donde se interroga al tribunal sobre las consecuencias de los efectos que se derivan de certificado E101 expedido por la institución designada por la autoridad del Estado miembro cuya legislación en materia de seguridad social siga siendo aplicable a la situación del trabajador por cuenta ajena. En concreto, se pregunta si debe seguir aplicándose dicha legislación en los casos en los que se constate judicialmente y en sentencia firme la obtención de dicho certificado de manera fraudulenta o con abuso de derecho, así como -y en caso de respuesta afirmativa, se cuestiona si la expedición del certificado mencionado impide que las personas perjudicadas por el comportamiento del empresario autor del fraude obtengan reparación del perjuicio sufrido, sin que la acción de responsabilidad ejercida contra el empresario impugne la afiliación de los trabajadores a los regímenes designados por el certificado E101. Desde una perspectiva doctrinal, MULLER, F.: "La saga du A1 ou l'inertie au service de la fraude au détachement", *Droit ouvrier* n° 816, 2016, pp. 442-449.

opta —expresamente en su articulado— por el establecimiento de una serie de criterios para concretar la noción controvertida, que se estructuran a caballo entre la definición de temporalidad clásica y la noción de habitualidad contenida en el Reglamento Roma I, fundamentalmente, a partir de los elementos indicativos creados a partir de la sentencia Koelzsch¹⁸ (que recuérdese es un asunto que trae causa en la problemática de determinación de la ley aplicable a un supuesto ligado al transporte por carretera internacional y, por tanto, sujeto a la modificaciones que —como veremos después— pesan sobre la aplicación de la actual Directiva 2018/957 en el marco del denominado paquete europeo del transporte por carretera). Así, el art. 4.3 de esta norma refiere entre los elementos a tener en cuenta los siguientes: a) si el trabajo se realiza durante un período limitado en otro Estado miembro; b) la fecha de inicio del desplazamiento; c) si el desplazamiento se realiza a un Estado miembro distinto de aquel en el que o desde el que el trabajador desplazado suele desempeñar su labor, de acuerdo con el Reglamento (CE) n° 593/2008 (Roma I) o el Convenio de Roma; d) si el trabajador regresa o está previsto que vuelva a trabajar al Estado miembro desde el que se desplaza, una vez terminado el trabajo o prestado los servicios para los que fue desplazado; e) la naturaleza de las actividades; f) si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos y, de ser así, de qué forma se los proporciona o el método de reembolso y g) los períodos pre-

¹⁸ Sentencia de 15 de marzo de 2011, Asunto C-29/10, Caso Koelzsch. Comentada, entre otros, por 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. También por ZANOBE-TTI, A.: "Employment contracts and the Rome Convention: the Koelzsch ruling of the European Court of Justice", *Cuadernos de Derecho Internacional*, vol. 3, n° 2, 2011, pp. 338-358; JAULT-SESEKE, F., nota a la sentencia de 15 de marzo de 2011, *Revue critique de Droit International privé* n° 2, 2011, pp. 455-461; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Competencia judicial y ley aplicable en la Unión Europea al contrato de trabajo internacional", *Relaciones Laborales* n° 10, 2011, version on line o JAULT-SESEKE, F. y Grass, E.: "*Routier polonais et principe de faveur en droit communautaire: l'important arrêt Koelzsch*", *Droit social* 2011, pp. 849 y ss.

vios en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador (desplazado).

Es visible que los elementos seleccionados por el legislador europeo con el fin de delimitar o no la temporalidad en la ejecución de servicios y expuestos de manera asistemática en la norma atraen para sí criterios que permiten establecer o bien un lugar habitual de trabajo [los previstos en los apartados c) y e)]; pero también otros ligados a la noción de desplazamiento propiamente dicho [establecidos en los apartados a), b), d) y f)], de tal manera que el resultado no deja de ser algo desolador al reconducir la problemática al punto de partida. O dicho de una manera más clara, el establecimiento de un haz de indicios como ocurre en el caso no reconduce la situación a buen puerto, dado que el esfuerzo interpretativo necesario para alcanzar una solución u otra seguía intacto. Y es que, valga la insistencia, de acuerdo con lo estipulado en la Directiva reformada, lo que parece evidente es que la primera aproximación para determinar si nos encontramos ante un desplazamiento real que propicie la aplicación de la Directiva 96/71/CE modificada mediante la Directiva 2014/67/UE consiste en concretar si existe o no un lugar habitual de prestación de servicios. Y evidentemente, atribuir a un país concreto la ejecución habitual de servicios desde el cual o a partir del cual el trabajador preste servicios reenvía su análisis a la aplicación del Reglamento Roma I, y muy particularmente a la interpretación del art. 8.2 contenido en el citado instrumento, que fue realizado por el propio TJ en la sentencia Koelzsch previamente citada¹⁹, que es el parámetro que sigue el legislador comunitario para dar contenido a tal noción y que, como se verá posteriormente, es deudora “curiosamente o muy curiosamente” de la aplicación del art. 13 del Reglamento 883/2004, que no se refiere al supuesto de desplazamiento sino de pluriactividad/pluriempleo.

Sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre la caracterización operada por el

¹⁹ 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”.

TJ sobre estas cuestiones, al hilo de las modificaciones que pesan en el caso del transporte por carretera, conviene tener presente que la Directiva 2014/67/UE en un intento por clarificar algo más la cuestión, introduce en el apartado g) del art. 4.3 una disposición que tiene por objeto, aparentemente, el de establecer un criterio indiciario para evitar o reducir el recurso abusivo al desplazamiento para supuestos que de hecho son permanentes²⁰. Así, se establece que se habrán de tener en cuenta “los periodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador (desplazado)”. Lo cierto es que se trata de un criterio -en principio- positivo, si bien enormemente ambiguo, ya que se desconoce en qué momento el recurso reiterado al desplazamiento transnacional por el mismo o distinto trabajador a otro Estado miembro puede considerarse que encubre una necesidad permanente. Labor ésta que seguirá en manos de las autoridades competentes y, en su caso, del juzgador que conozca del asunto²¹.

²⁰ Recuérdese que la posibilidad de desplazamientos sucesivos a un mismo puesto de trabajo está prohibida en el art. 12.1 del Reglamento (CE) nº 883/2004, de coordinación de sistemas de seguridad social, cuando in fine señala que: “... y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona”.

²¹ Claro está que en este orden de consideraciones, parece bastante llamativo, el que como Anexo de la Directiva se incorpore una Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión entorno precisamente a lo preceptuado en el art. 4.3.g) de la Directiva 2014/67/UE, por cuanto que se señala y cito textual que: “El hecho de que el puesto al que el trabajador desplazado sea temporalmente asignado para desempeñar su labor en el marco de una prestación de servicios hubiera estado ocupado por ese mismo u otro trabajador desplazado durante periodos anteriores constituye sólo uno de los posibles elementos que deberán tenerse en cuenta cuando se realice una evaluación global de la situación de hecho en caso de duda. La mera circunstancia de que pudiera constituir uno de los elementos no debería interpretarse en modo alguno como la imposición de una prohibición de la posible sustitución de un trabajador desplazado por otro trabajador desplazado o como una traba a la posibilidad de dicha sustitución, que puede ser inherente en particular a servicios prestados de forma estacional, cíclica o repetitiva”. A la vista de lo expuesto, parece razonable pensar que si las tres instituciones tenían tan claro que el criterio posible para distinguir desplazamientos sucesivos del encubrimiento de puestos permanentes depende de que se realice o no en actividades estacionales, cíclicas o repetitivas, no se comprenden muy bien los motivos por los cuales no se incorporaron al propio texto de la Directiva, máxime teniendo en cuenta que este tipo de de-

Sin perjuicio de lo apenas expuesto, y de que finalmente no se introdujo límite temporal en el instrumento que anotamos; no podemos obviar que la Comisión presentó el 8 de marzo de 2016, esto es, poco después de la adopción de la Directiva 2014/67/UE, su propuesta para la reforma de la norma de base de 1996²², precisamente y, entre otros aspectos, para resolver aquéllos que habían quedado pendientes con la Directiva del año 2014²³ (y añadido yo, pendientes también en el marco de la conversión del CR en Reglamento Roma I). Así, asistimos a una propuesta donde se pretendía incorporar dos previsiones en el ámbito de las definiciones y, en particular, en la determinación de la temporalidad a la que estamos haciendo aquí alusión. Pues bien, la primera de estas modificaciones era de menor calado, ya que simplemente incorporaba el indicio contenido en el apartado 4.3.g) de la Directiva 2014/67/CE, del que dábamos cuenta con anterioridad, al ámbito de las definiciones, esto es, al art. 2 de la Directiva original²⁴. La segunda de las previsiones propuestas tenía por objeto introducir en el artículo 2, un apartado bis donde se proponía diferenciar entre un desplazamiento superior a 24 meses y uno inferior, fijando el límite en los 24 meses (o de 12 meses después²⁵)

claraciones carecen de valor normativo o interpretativo alguno. En definitiva, y tras lo expuesto, es evidente que los problemas surgidos a propósito de la delimitación de la temporalidad en contraposición con la habitualidad siguen estando presentes y esta Directiva, desde luego, no avanza en relación con el *status quo* anterior. Prueba de ello es que, como cláusula de cierre, el art. 4.4 de la Directiva del año 2014 no excluye la existencia de desplazamiento, aunque falten algún/algunos de los rasgos identificadores que hemos visto.

²² COM(2016) 128 final.

²³ Sobre el particular, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: "La propuesta de reforma de la Directiva 96/71 de desplazamiento de trabajadores en el marco del Plan de Trabajo de la Comisión Europea para el 2016", *Revista de Derecho Social* nº 73, 2016, pp. 113 y ss.

²⁴ De este modo, se señala que "a efectos del párrafo anterior, en el caso de sustitución de los trabajadores desplazados para realizar la misma función en el mismo sitio, la duración acumulada de los periodos de desplazamiento de los trabajadores implicados será tomada en consideración, computándose aquellos trabajadores que están desplazados por una duración efectiva de al menos seis meses".

²⁵ En este sentido, se ha de tomar en consideración que de acuerdo al considerando 10 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 29 de mayo de 2018, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento

como elemento que indique la habitualidad de la prestación, con una clara atracción (al menos en origen), como se veía con anterioridad, del criterio que se emplea en el Reglamento de coordinación de los sistemas de seguridad social europeo y que fuera ya propuesto entre diversas posibilidades por el propio GEDIP. De este modo, lo que se preveía era que cuando con anterioridad al desplazamiento o a posteriori se estimara que la duración del mismo va a ser de 24 meses o lo sea de hecho, se entenderá que ya no nos encontramos ante un desplazamiento, sino ante la aplicación de las normas del Estado de acogida, esto es, entendiendo que la *lex contractus* aplicable al contrato de trabajo no es la del país de origen del trabajador, sino la del país de destino, donde se entiende que presta habitualmente sus servicios.

2.3. El mantenimiento de la *lex causae* en la Directiva 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018 que modifica la Directiva 96/71/CE o la no alteración del status quo

Tras el proceso seguido hasta la fecha y que acabamos de describir a grandes rasgos, finalmente se ha procedido a modificar la Directiva original mediante la Directiva 2018/957, de 28 de junio. Pues bien, considero que debemos celebrar el hecho de que esta

to de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios se plantea la necesidad de que en los supuestos de desplazamientos superiores a 12 meses, el Estado de acogida tenga la obligación de asegurarse de que se garanticen. Documento P8_TA-PROV (2018) 0213, cuando señala que "El desplazamiento es una situación de carácter temporal, y el trabajador desplazado suele regresar al país de origen tras concluir el trabajo para el que fue desplazado. Sin embargo, en vista de la larga duración de algunos desplazamientos y reconociendo el vínculo existente entre el mercado de trabajo del país de acogida y los trabajadores desplazados durante largos periodos, es necesario disponer que, en caso de que los desplazamientos se prolonguen más de doce meses, los países de acogida tengan la obligación de asegurarse de que las empresas que desplazan trabajadores a su territorio garantizan un conjunto de condiciones adicionales que son de aplicación preceptiva a los trabajadores en el Estado miembro donde se efectúa el trabajo. Este periodo debe prorrogarse previa notificación motivada del proveedor de servicios". No obstante, el iter temporal de 24 meses se mantiene en la letra del precepto, dado que la mención a los 12 meses se prevé en el considerando mencionado de dicha resolución.

última norma modifique el contenido de la Directiva de desplazamiento cuando la prestación de servicios se realice mediante Empresa de Trabajo Temporal, con la finalidad de hacer compatible la Directiva de desplazamiento con respecto a la Directiva 2008/104/CE en relación con esta tipología de empresas²⁶, así como en materia de fijación de normas relativas a la remuneración y dentro de éstas cómo han de considerarse los complementos específicos por desplazamiento (gastos de viaje, alojamiento y manutención), que en principio quedarán fuera de tal consideración, salvo que la legislación de los Estados miembros prevean lo contrario²⁷. Más allá de estas cuestiones centrales, existe alguna que otra norma en materia de control de los abusos y fraudes en este contexto, si bien quizá lo más relevante a nuestros efectos sea la modificación que se opera sobre el núcleo duro de disposiciones aplicables en el Estado de acogida y particularmente la mención que se realiza a propósito de la duración del desplazamiento cuando ésta sea por un período superior a 12 meses prorrogables por otros 6 meses, que se encontraba ya proyectada en el considerando 10 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 29 de mayo de 2018, no así en el texto del cuerpo normativo, que seguía manteniendo hasta este momento, la referencia de 24 meses inicialmente proyectada²⁸.

Pues bien, a pesar de lo que *a priori* pudiera parecer o de lo que pudiera pensarse, la Directiva del año 2018, no introduce más que un reforzamiento, aunque importante *per se*, de las normas del Estado de acogida que sean de aplicación cuando el desplazamiento supere los períodos antes citados, inclusive en el caso de que haya sustitución del trabajador desplazado. Dicho de otra manera, no se

establece una modificación de la *lex causae* o de la *lex contractus*, que seguirá siendo la del Estado de origen, a pesar de que en un principio la disposición parezca orientarse en un sentido distinto, cuando procede a ampliar el sistema corrector a “*todas las condiciones de trabajo aplicables o que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo*” (nuevo art. 3.1 bis). Y podemos llegar a esta aseveración en la medida en que el propio párrafo comienza señalando que “*Con independencia de la legislación aplicable a la relación laboral...*”, lo que viene a significar que incluso en los supuestos de desplazamiento superiores a los 12 meses, se debe seguir manteniendo como *lex causae* aplicable al contrato de trabajo al ordenamiento jurídico designado mediante la aplicación de los criterios conflictuales contenidos en Roma I y, muy particularmente, mediante el criterio de la *lex loci laboris*, que a estos efectos y a priori seguirá siendo el ordenamiento jurídico del país de origen, por cuanto que es en éste donde se efectúa habitualmente la prestación de servicios de que se trate en aplicación de la teoría de la irradiación²⁹. Y considero que esta postura viene avalada no sólo por la propia dicción del precepto en su comienzo, sino también porque con posterioridad se excluye de la expresión “*todas las condiciones de trabajo aplicables*” a las siguientes materias: a) los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de resolución del contrato de trabajo, con inclusión de las cláusulas de no competencia, así como b) los regímenes complementarios de jubilación.

En consecuencia, puede decirse que a pesar de las idas y venidas con respecto a la incorporación de un límite temporal en la normativa de desplazamiento con la finalidad de sujetar la ley aplicable al contrato de trabajo al Estado de origen y/o de destino, finalmente se ha optado por una de las soluciones defendida por el Max Planck, antes vista, de acuerdo con la cual se rechazaba incorporar una referencia temporal rígida (como la extraída del

²⁶ Sobre el particular, CAIRÓS BARRETO, D.: “El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas: los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal” en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Coord.): El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro, Atelier editorial, Barcelona, 2017, pp. 121-150.

²⁷ Por lo que respecta a la cuestión de si el alquiler de vivienda forma parte o no de la retribución del trabajador expatriado, *vid.* STS 1705/2018, sala 4ª, de lo social, de 16 de abril de 2018 [ECLI: ES:TS:2018:1705].

²⁸ Me remito aquí a lo señalado en la nota al pie nº 25.

²⁹ Es la llamada teoría de la irradiación o “*Ausstrahlungstheorie*” elaborado por la doctrina alemana. SZASZY, S.: *International labour Law*, Hungría, 1968, p. 118, citado en nuestra doctrina por ZABALO ESCUDERO, M^É.: El contrato de trabajo en el Derecho Internacional... *op. cit.* p. 138.

Reglamento de coordinación de los sistemas de seguridad social) para evitar caer en una cierta arbitrariedad y, sobre todo, en el uso torticero de la misma por la parte contractualmente fuerte. Se ha de señalar, a su vez, que de la dicción del precepto finalmente adoptado y que no entrará en vigor hasta el año 2020, tampoco puede deducirse la existencia de una presunción general para entender el trabajo ejecutado con carácter habitual en el país de origen y/o de destino en función de si el desplazamiento tiene una duración inferior o superior a 12 meses con su eventual prórroga respectivamente, de tal manera que desde aquí se insiste que las dificultades que han existido hasta la fecha para entender modificada la *lex causae* o *contractus* al contrato de trabajo en esta tipología de movilidad de trabajadores a partir de la inclusión de un límite temporal procedente del bloque de seguridad social comunitario se mantienen totalmente inalteradas.

3. EL DESPLAZAMIENTO TEMPORAL EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO PLURILocalizados DE LOS TRABAJADORES DEL TRANSPORTE Y LA INFLUENCIA DE LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS EN EL REGLAMENTO DE COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LA SOLUCIÓN DE ALGUNAS DE LAS CONTROVERSIAS NACIDAS EN ESTOS CONTEXTOS

Despejada esta primera cuestión en relación con el proceso instaurado para tratar de atraer a la letra del precepto un límite temporal procedente de la regulación comunitaria sobre seguridad social y que, finalmente, como se ha podido comprobar, no ha alcanzado el éxito previsto; conviene a continuación realizar una valoración general sobre la influencia que las normas de seguridad social comunitarias ostentan sobre normativa aplicable e interpretaciones realizadas a propósito del criterio de la *lex loci laboris* (y, en consecuencia, sobre la existencia de desplazamiento temporal de trabajadores) en materia laboral, si bien desde una perspectiva sectorial. Y es que, como se señalaba al comienzo de este discurso, debemos ser conscientes de

la interrelación que se ha venido produciendo en este contexto con respecto a la atracción de los criterios contenidos en el ámbito de seguridad social a los contratos de trabajo plurilocalizados de algunos trabajadores del transporte a los que la Directiva 96/71/CE, tras sus sucesivas reformas, sí es de aplicación³⁰. Me

³⁰ A estos efectos conviene tener presente un hecho evidente que no es otro que el distinto tratamiento que reciben los trabajadores del mar o, para ser más exactos, el personal navegante con respecto al resto de colectivos que se dedican al transporte internacional, señaladamente el caso del transporte aéreo y/o por carretera internacional. Y ello así, porque el art. 1.2 Directiva 96/71/CE (no modificado mediante Directiva 2018/957) excluye a los primeros, cuando señala que "*La presente Directiva no se aplicará a las empresas de la marina mercante, por lo que se refiere al personal navegante*"; por lo que en consecuencia se ha de entender que el resto de los colectivos de trabajadores del transporte sí entran dentro del ámbito de aplicación de dicha norma, al igual –por otra parte– que los trabajadores que prestan servicios a bordo de buques comerciales, pero que no sean personal navegante. En este sentido, y por lo que respecta a la marina mercante, lo cierto es que la Comisión siempre ha tenido enormes dudas sobre si existía un verdadero desplazamiento o no de trabajadores en este contexto y donde a pesar de algún que otro supuesto donde hipotéticamente se ha advertido su presencia, la negativa a considerar la existencia de esta tipología de movilidad internacional de trabajadores ha sido una constante hasta la fecha. Así, si bien la Comisión reconoció en el Documento COM (2007) 591, p. 7 que sí cabría considerar situaciones de desplazamiento en el caso de la marina mercante en los casos en los que un trabajador que presta servicios a bordo de un buque que enarbola un pabellón es desplazado a otro buque que enarbola otro pabellón; lo cierto es que la negativa a su existencia ha sido reiterada, como lo demuestran, por ejemplo, los trabajos preparatorios para la modificación de determinadas Directivas de política social relativas a los despidos colectivos, insolvencia, transmisión de empresas e información y consulta con el fin de incluir a los trabajadores del mar en los mismos. En este contexto, se señalaba que el colectivo de trabajadores que presta servicios a bordo de un buque que navega por alta mar no puede ser considerado como trabajador desplazado al territorio de otro Estado miembro, en la medida en que la aplicación de la ley del pabellón se basa en la noción de nacionalidad del buque, más que en una asimilación a la prestación de servicios en el territorio que otorga su nacionalidad a la nave (Véase el Documento SWD (2013) 462 final, de 18 de diciembre de 2013). Por su parte, y por lo que respecta a los trabajadores del transporte por carretera, la aplicación de la Directiva 96/71/CE es una realidad que viene reconocida expresamente en el considerando nº 17 de Reglamento nº 1072/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009 [DOUE nº 300, de 14 de noviembre de 2009], por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera, donde se señala que "*las disposiciones de la Directiva 96/71/CE del Parlamento*

refiero en concreto, tal y como se ha señalado con anterioridad, al caso de los trabajadores del transporte por carretera (caso Koelzsch), pero también, como tendremos la oportunidad de verificar a continuación, de los trabajadores de vuelo y de cabina en el marco del transporte aeronáutico (caso Nogueira³¹), donde el TJUE realiza una interpretación basada (al menos en parte y para el Forum) en criterios extraídos del ámbito de la seguridad social, aunque sin debatir, ni discutir en profundidad si realmente es posible hablar de un verdadero desplazamiento de trabajadores en el contexto de prestaciones de servicios itinerantes por definición³²; cuestión ésta última que

Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios se aplican a las empresas de transporte que efectúan transportes de cabotaje". Disposición similar puede encontrarse en el considerando 11 del Reglamento nº 1073/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 561/2006 (DOUE nº 300, de 14 de noviembre de 2009), donde se señala que "*Las disposiciones de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, se aplican a las empresas de transporte que efectúan actividades de cabotaje*".

³¹ STJUE de 14 de septiembre de 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16. Véase sobre esta sentencia, RODRÍGUEZ ROMERO, R.: "Trabajadores aéreos en el ámbito comunitario y su protección frente al dumping social intracomunitario (A propósito de la STJUE de 14 de septiembre de 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, Caso Nogueira), *Iustel-Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 47, 2017, pp. 351-377. Sentencia también comentada por LACOSTE-MARY, V.: "La détermination du tribunal compétent du personnel navigant - Contribution à l'interprétation autonome du lieu d'exécution du contrat de travail", *Droit Social* nº 12, 2017, pp.1085 y ss.

³² A diferencia, por ejemplo, del sector marítimo, donde la Comisión siempre ha manifestado las enormes dudas que le genera la consideración de un verdadero desplazamiento o no de trabajadores en este contexto. Así, y a pesar de algún que otro supuesto donde hipotéticamente se ha advertido su presencia, la negativa a considerar la existencia de esta tipología de movilidad internacional de trabajadores ha sido una constante hasta la fecha en el caso de la marina mercante. [En este sentido, se ha de anotar que la Comisión reconoció en el Documento COM (2007) 591, p. 7, que sí cabría considerar situaciones de desplazamiento en el caso de la marina mercante. Así, señalaba que esta situación se producía en los casos en los que un trabajador que presta servicios a bordo de un buque que enarbola un pabellón es desplazado a otro buque que enarbola otro pabellón, lo cual sucede en muy pocas

no se abordará en este trabajo por cuanto que excede ampliamente el objeto del mismo.

Y a estos efectos, y con carácter preliminar se debe recordar, siquiera a grandes rasgos, que con independencia de la consagración temprana en el Tratado de Roma de una política de transporte común en el ámbito de la UE en un título propio (actual Título VI del TFUE) y que, en consecuencia, el transporte pasara a ser considerado uno de los primeros ámbitos políticos comunes de la Comunidad; la materialización de la libre prestación de servicios y la apertura de los mercados de transportes ha sido una cuestión extremadamente compleja y lenta, a lo que se suma la escasa armonización operada en relación con las cuestiones de carácter social, que han representado y siguen representando una muy pequeña parte de la regulación comunitaria que les es de aplicación, en la medida en que, en general, se reducen a las cuestiones relativas al tiempo de trabajo y al reconocimiento de títulos para el acceso a la profesión en otros Estados miembros. Esta situación es la que, junto con la progresiva liberalización de todos los modos de transporte, a excepción hecha de las enormes resistencias estatales por abrir los mercados de cabotaje en los distintos sectores del transporte a prestadores de servicios establecidos en otros Estados, producidas en fechas muy recientes, alimentan el denominado "dumping social" intra-europeo³³. A

ocasiones. Recientemente, y a propósito de los trabajos preparatorios para la modificación de determinadas Directivas de política social relativas a los despidos colectivos, insolvencia, transmisión de empresas e información y consulta con el fin de incluir a los trabajadores del mar en los mismos, que el colectivo de trabajadores que presta servicios a bordo de un buque que navega por alta mar no puede ser considerado como trabajador desplazado al territorio de otro Estado miembro, en la medida en que la aplicación de la ley del pabellón se basa en la noción de nacionalidad del buque, más que en una asimilación a la prestación de servicios en el territorio que otorga su nacionalidad a la nave. Véase el Documento SWD (2013) 462 final, de 18 de diciembre de 2013]. A esta circunstancia, que es muy importante, se le añade el hecho de que desde el año 1992 ya existía una normativa *ad hoc* que regula la prestación de servicios en el cabotaje marítimo y donde se contiene una disposición específica que regula a qué país, si del pabellón o de acogida/destino, le corresponde velar por el cumplimiento de todas las cuestiones relativas a la tripulación.

³³ A estos efectos, me remito al Informe elaborado por el senador BOCQUET, E. titulado: *Rapport d'information fait au*

estos efectos, debemos tener en cuenta –se insiste– que nos encontramos ante una clara insuficiencia de normas sociales armonizadoras en los distintos sectores del transporte a nivel europeo, luego es lógico que en contextos tan competitivos como éstos, las divergencias socio-laborales existentes entre los ordenamientos de los distintos Estados miembros, fundamentalmente a partir de la incorporación a la UE de países del Este de Europa, ocasionen enormes distorsiones en la competencia entre los operadores económicos de todos los sectores implicados.

Esta realidad, a la que aquí hacemos alusión con carácter general, queda bien representada por el hecho de que, a excepción hecha de la existencia de una disposición específica en relación con la regulación de las cuestiones sociales de la gente de mar que presta servicios en el contexto del cabotaje marítimo, contenida en el art. 3 del Reglamento nº 3577/92, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo³⁴), donde se establece a qué Estado corresponde aplicar su legislación a “todas las cuestiones relativas a la tripulación”, esto es, ya sea el Estado del pabellón, ya sea el Estado de acogida³⁵; para el resto de modos de transporte, se ha erigido –hasta la fecha y con carácter general– como norma reguladora la Directiva 96/71/CE (así como las Directivas 2014/67/UE y 2018/957, aunque téngase presente que ésta última se aplica con futuras sal-

vedades para el transporte por carretera) que, como se sabe, no es una norma inspirada en las circunstancias en las que se desenvuelve la ejecución de servicios en los distintos contextos de transporte, ni tampoco amparada en el Título competencial específico para la regulación de la prestación de servicios del transporte de acuerdo con el TFUE³⁶. De este modo, y con la finalidad de dar cuenta sobre las divergencias existentes a la hora de regular e interpretar las cuestiones sociales en el marco de la prestación de servicios en los distintos modos de transporte, aquí pondremos de manifiesto a continuación los supuestos de los trabajadores del transporte por carretera y del transporte aeronáutico que reflejan, como se decía líneas más arriba, la atracción de algunos de los criterios contenidos en el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social para la resolución de los problemas que se advierten de la aplicación de una normativa, como la de desplazamiento, no pensada para ellos. A estos efectos, y antes de cualquier otra consideración, se debe anotar que mientras que en el sector aéreo no parece que, por el momento, hayan surgido voces discrepantes en cuanto a la aplicación de las normas de desplazamiento (aunque sí sobre el empleo de criterios como el de la base operacional de la aeronave a efectos similares y procedente del ámbito de la seguridad social); no ha ocurrido lo mismo en el ámbito del transporte por carretera donde la adopción y posterior entrada en vigor de la Directiva 2014/67/UE de acompañamiento y control de la Directiva original, así como de sus normas de transposición, han dado lugar a que se proponga una normativa específica para este sector, similar –que no idéntica– a la contemplada para el sector marítimo de cabotaje, tal y como veremos a continuación.

nom de la commission des affaires européennes (1) sur le dumping social dans les transports européens, del año 2014 y que se puede consultar online en <https://www.senat.fr/rap/r13-450/r13-4501.pdf>

³⁴ DO L364, de 12 de diciembre de 1992. Sobre el particular, FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “La loi applicable au détachement des gens de mer dans le cadre d’une prestation de services au trafic de cabotaje”, *Le Droit maritime français* nº 671, 2006, pp. 467-478.

³⁵ Esta disposición dispone que: “1. Para los buques que efectúen cabotaje continental y para los buques de crucero, todas las cuestiones relativas a la tripulación serán competencia del Estado en el que esté matriculado el buque (Estado del pabellón), con excepción de los buques menores de 650 TB, a los que podrán aplicarse las condiciones del Estado de acogida. 2. En el caso de buques que realicen cabotaje insular, todas las cuestiones relativas a la tripulación serán competencia del Estado en el que el buque efectúe un servicio de transporte marítimo (Estado de acogida)”.

³⁶ Aunque esto último no obste para que el resto de las disposiciones del Tratado puedan ser de aplicación en el marco del transporte. En efecto, baste recordar a estos efectos la problemática surgida hace ya muchos años a propósito de si el resto de las disposiciones del Tratado afectaban o no al transporte marítimo. Este debate se saldó con una respuesta positiva de acuerdo a la interpretación que el Tribunal de Luxemburgo realizara en la conocida sentencia de 4 de abril de 1974, Comisión contra Francia [Asunto 167/73, Rec. 1974, p. 359]. Sobre ésta y otras sentencias relativas al trabajo en el mar, vid. MIRANDA BOTO, J.M.: “El trabajo en el mar en la jurisprudencia comunitaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 82, 2009, pp. 417 y ss, y en particular, pp. 418-419.

3.1. La aplicación de la Directiva 96/71/CE en el marco del transporte por carretera y el impacto de las normas de pluriactividad o pluriempleo desde la perspectiva de la seguridad social sobre el desplazamiento de trabajadores

La aplicación e inadaptación de las normas generales sobre desplazamiento de trabajadores a todos los sectores del transporte no es una cuestión novedosa, no en vano los instrumentos vigentes no fueron pensados para ser aplicados en sectores económicos donde la movilidad de los trabajadores es intrínseca a la propia naturaleza de la prestación de servicios que se realiza. Esta aseveración que también es extrapolable al marco concreto del transporte por carretera no había generado demasiadas controversias hasta fechas muy recientes, fundamentalmente porque hasta la primera década del siglo XXI no se había desarrollado el transporte de cabotaje por carretera³⁷, esto es, la posibilidad de que un prestador de servicios establecido en un Estado miembro pudiera transportar mercancías entre ciudades de un Estado miembro distinto al que estuviera establecido, lo que ha dado lugar a una concurrencia entre sistemas laborales y de control administrativos exacerbados a los que ahora nos enfrentamos³⁸. De

este modo, no es extraño que en estos últimos tiempos se viva un momento convulso en este sector, que viene predeterminado por la concurrencia de dos hechos o circunstancias paralelas adicionales a las ya mencionadas, que han ocasionado un profundo desasosiego, por no decir otra cosa, en este sector.

Me refiero, por una parte, a la incorporación de los países del Este a la UE, cuyos costes laborales y sociales son, en general, inferiores a los que se disfrutaban en otros países de la UE, de tal manera que no son pocos los empresarios del sector que aprovechando esta coyuntura y, en concreto, el disfrute de las libertades económicas de establecimiento primero y de libre prestación de servicios después, han creado y/o recurrido a empresas establecidas en estos países con el fin de aminsonar sus costes sociales empleando a trabajadores en dichos países de origen para prestar servicios en el sector del transporte por carretera y que desenvuelven su actividad en países con una regulación jurídico-laboral y de protección social sensiblemente superiores. A ello se añade, ya en segundo lugar, la adopción de la Directiva 2014/67/UE de acompañamiento de la Directiva 96/71/CE, donde las exigencias de control y administrativas impuestas se han elevado con respecto a las que contenía la normativa original. Ello ha ocasionado que algunos países hayan adoptado a su albur normas de transposición más que discutibles, como es el caso, entre otros, de Francia (que también lo aplica al transporte fluvial o parcialmente al ferroviario)³⁹, Ita-

³⁷ En efecto, por lo que atiene al proceso de liberalización del sector del transporte por carretera en la UE, lo cierto es que dicho proceso se inicia de manera temprana cuando el propio Tratado de Roma preveía que ésta se culminara a más tardar en el año 1969 (Así, LAFONTAINE, F. y MALAGUZZI VALERY, Y.: *The de-regulation of international trucking in the European Union: form and effect*, University of Michigan, Ann Arbor, 2005, p. 2). A pesar de este desiderátum, en la práctica el proceso de liberalización se produce de manera progresiva entre los años 1980 a 1998, cuando se adoptan cuatro Reglamentos sobre la materia, si bien no es sino hasta la adopción del Reglamento nº 1072/2009, citado supra, cuando se viene a precisar el régimen aplicable al cabotaje por carretera.

³⁸ Sobre esta situación, léase el interesante trabajo que firma bajo seudónimo IZEN, I.: *Le dumping social dans les transports routiers de marchandises européens*, 2015, http://tnova.fr/system/contents/files/000/001/018/original/25062015_-_Le_dumping_social_dans_les_transports_routiers_de_marchandises_europ_ens.pdf?1441012386. También resulta interesante leer el trabajo resultante de del proyecto TRANSPPO, financiado por la Comisión Europea, coordinado por el Instituto Guglielmo Tagliacarne, siendo sus participantes tanto el Ministerio de trabajo italiano, como el francés y la inspección de trabajo rumana,

titulado: *L'activité d'inspection dans le cadre du détachement transnational des travailleurs dans le transport routier: un guide pour les autorités de contrôle*, 2012, http://www.tagliacarne.it/files/141104/transpo_guide_fr_june_2012.pdf

³⁹ Nos referimos en este caso a la conocida como Ley Savary (Loi nº 2014-790, de 10 de julio de 2014 y a la célèbre también Ley Macron, esto es, al Decreto nº 2016-418, de 7 de abril de 2016 (JORF nº0084 de 9 de abril de 2016), que adapta el título VI del libro II de la primera parte del código de trabajo a las empresas de transporte que desplazan a sus trabajadores móviles o tripulaciones en el territorio nacional y modificando el código de transportes. El mismo resulta de aplicación (ex art. R1331.1.I) a todas las empresas establecidas fuera de Francia que se comprendan en el campo de actividad mencionada al artículo L.1321-1, siempre que se cumplan las condiciones de desplazamiento previstas en el artículo L.1262-1 o el artículo L.1262-2 del código de trabajo, relativas respectivamente a los supuestos de desplazamiento en el marco de contrata-

lia⁴⁰ o Alemania⁴¹ con el objeto indisoluble

y subcontratas y en el contexto de ETIs respectivamente. Por lo tanto, las empresas que se ven afectadas por esta norma son las incluidas en el campo de actividad mencionado en el Artículo L.1321-1 del Código de Transportes, básicamente transporte por carretera o fluvial, pues dice este precepto que: *Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux salariés relevant de la convention collective ferroviaire prévue à l'article L. 2162-1, aux salariés mentionnés à l'article L. 2162-2, aux salariés des entreprises de transport, routier ou fluvial et aux salariés des entreprises assurant la restauration ou exploitant les places couchées dans les trains. Toutefois, ni les dispositions du titre II du livre Ier de la troisième partie du code du travail, ni les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent aux salariés soumis à des règles particulières, de la Régie autonome des transports parisiens et des entreprises de transport public urbain régulier de personnes.* Pues bien, se ha de hacer constar que esta norma es de aplicación a todos los transportistas extranjeros que operan en Francia (cabotaje), así como a los transportes internacionales con origen y/o destino en Francia, no quedando afectados los de tránsito, si bien surgen dudas sobre si sería o no de aplicación al transporte intermodal, por ejemplo. Esta norma exige, entre otras cosas, la aplicación del salario mínimo francés en estos contextos, lo cual ha originado un cierto revuelo para, por ejemplo, los transportistas que operan en Francia con carácter habitual pero que tienen su domicilio social en otros países (como por ejemplo en la frontera española con Francia).

⁴⁰ Decreto Legislativo 136/2016 de 17 de julio, publicado en su "Gazzetta Ufficiale" el 21 de julio, cuyo texto íntegro puede consultarse en https://www.guitrans.eu/documentos/Decreto_ministeriale.pdf. Esta norma, en principio, se aplica al transporte interior de cabotaje, si bien queda por ver si, al igual que en Francia, también es de aplicación a los transportes internacionales con origen y/o destino en este país o si se va a aplicar sólo cuando el cliente esté radicado en Italia. Y al igual que su homólogo francés, esta norma establece la aplicación del salario mínimo establecido en convenio colectivo sectorial.

⁴¹ En relación con las normas alemanas de aplicación en el marco del desplazamiento temporal, éstas son: Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, Bundesgesetzblatt – BGBl, 2009, partie I, p. 799, modificada mediante una ley de 11 de agosto de 2014 [BGBl. 2014 I p. 1348]. No obstante, la problemática causada en este caso, ha tenido más que ver con la regulación sobre salario mínimo adoptada en Alemania en el año 2014 y aplicable a estos supuestos, esto es, la Mindestlohngesetz – MiLoG du 11 de agosto de 2014 [BGBl. I P. 1348]]. Pueden consultarse varios trabajos que directamente critican esta última norma en relación con su aplicación al contexto del transporte por carretera. Así, KOOL, J.P.: *Transportation and the Freedom to provide services under the German minimum wage Act. A clash between economic freedoms and social dimension.* Tesis defendida en el año 2016 y que puede consultarse en <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142713>. También, y desde la misma visión crítica PAPROCKI, W.: "EU Transport Policy Failure: the case of Germanys Mindestlohngesetz" en BAK, M. (Ed.): *Transport*

de proteger su mercado y competitividad nacionales. Y es que, a estos efectos, debemos tener en cuenta que la regulación sobre cabotaje y las que inspiran los instrumentos dedicados a regular el desplazamiento temporal de trabajadores no tienen la misma finalidad, por cuanto que mientras que la reglamentación sobre cabotaje por carretera representa la última barrera hacia la liberalización completa en éste y en otros sectores, siendo -por tanto- su objeto totalmente económico en cuanto que dirigido a proteger los mercados nacionales en este ámbito; la normativa sobre desplazamiento de trabajadores, sin ser una regulación social⁴², sí que pretende -al menos en cuanto su espíritu- equilibrar los derechos sociales de los trabajadores desplazados con la prestación de servicios intracomunitaria. De hecho, mientras la normativa de cabotaje pone en el centro de sus preocupaciones al propio vehículo, la regulación sobre desplazamiento de trabajadores tiende a focalizar el eje de sus desvelos sobre el conductor.

Es evidente que esta realidad ha puesto de manifiesto una doble suerte de dificultades, tanto de carácter jurídico como práctico o incluso, añadido yo, que de índole política; dado que no sólo se trata de determinar si existe o no un verdadero desplazamiento temporal de trabajadores en el sentido de la Directiva 96/71/CE en el caso del sector del transporte por carretera y, en caso afirmativo, si este tipo de movilidad de trabajadores es predicable del transporte por cabotaje en exclusiva o también del transporte internacional por carretera; sino que también ha dado lugar a poner en el foco de la controversia los enormes obstáculos que existen en el espacio europeo para configurar una norma jurídica que equilibre la consecución de un mercado interior -donde el transporte es uno de sus pilares fundamentales-, basado en el fair play de los prestadores de servicios y el mantenimiento

development challenges in the twenty-first century: proceedings of the 2015 TranSopot Conference, Heidelberg, Spring Nature, 2016, pp. 51-66.

⁴² Ya lo decía MOREAU, M.A., cuando señalaba que "La Directive est plus, dans son esprit et dans son fondement, une Directive économique qu'une Directive sociale (...)" en "Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne", *Clunet-Journal de Droit International* n° 4, 1996, p. 890.

de unos derechos socio-laborales de los trabajadores expuestos a realidades como las que aquí se apuntan⁴³. Dicho esto, y en la medida en que aquí no se abordará la dimensión política o económica subyacente a la que se ha aludido, por entender que, aunque no es posible obviarla, no corresponde al jurista-laboralista abordarla; centraremos la atención en la primera de las dificultades a las que se ha hecho alusión, esto es, en la aplicación de la Directiva 96/71/CE a los trabajadores que prestan servicios en el sector del transporte por carretera y las propuestas de solución existentes en estos momentos sobre la mesa para paliar los inconvenientes creados.

Pues bien, para abordar la situación normativa actual a la que aquí nos referimos, conviene tener en cuenta, como ya se ha adelantado, que los graves problemas suscitados a propósito de la aplicación de la Directiva 96/71/CE han traído causa en la conjunción de varios factores. Entre ellos, se encuentra –por centrar la cuestión lo antes posible– la adopción del Reglamento 1072/2009, que vino a clarificar la regulación relativa a la prestación de servicios en el transporte de cabotaje por carretera, ante los problemas y dificultades que había creado el silencio del ya derogado Reglamento n.º 881/1992 sobre el particular⁴⁴, que liberalizaba el sector a partir del año 1993, eliminando las restricciones establecidas con respecto al transporte internacional y los acuerdos bilaterales que hasta entonces regían entre Estados miembros. El hecho de que el Reglamento del año 1992 no abordara el cabotaje, ni dijera nada sobre la

posibilidad de que las prestadores de servicios extranjeros pudieran efectuar transportes nacionales en los países de tránsito con el camión vacío, generó numerosos problemas⁴⁵ que intentaron ser parcialmente solucionados con la adopción del Reglamento n.º 3118/93⁴⁶, que permitió a los transportistas en posesión de una licencia europea efectuar transportes nacionales (cabotaje) en otro Estado miembro distinto al de establecimiento, siempre que se efectuaran de manera temporal; claro está que sin precisar la temporalidad a la que se sujetaba esta tipología de servicios de transporte⁴⁷.

Dicho esto, además se ha de tener en cuenta que la aplicación de la regulación de cabotaje expuesta no es un unitaria en todos los Estados miembros, de ahí que en algunos Estados, por ejemplo, la descarga de una mis-

⁴⁵ Vid. BOUQUET, E. titulado: *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes (1) sur le dumping social dans les transports européens*, del año 2014 y que se puede consultar online en <https://www.senat.fr/rap/r13-450/r13-4501.pdf>

⁴⁶ Reglamento (CEE) n.º 3118/93 del Consejo, de 25 de octubre de 1993, por el que se aprueban las condiciones de admisión de transportistas no residentes en los transportes nacionales de mercancías por carretera en un Estado miembro (DO L 279, de 12 de noviembre de 1993).

⁴⁷ A estos efectos, se ha de tener en cuenta que el transporte en vacío de retorno al establecimiento de origen es enormemente costoso para las empresas dedicadas al transporte por carretera, de ahí el interés existente en poder cargar y descargar en los países de tránsito, esto es, realizando operaciones de cabotaje consecutivos a un transporte internacional. Esta posibilidad, sin embargo, se encuentra limitada en cuanto al número de operaciones que de este tipo es factible realizar y que hoy se contempla, a su vez, en el Reglamento n.º 1072/2009, que autoriza a todo transportista comunitario a realizar tres operaciones de cabotaje durante los 7 días siguientes a un transporte internacional, quedando fuera de la aplicación de este último reglamento los supuestos de cabotaje no consecutivo, esto es, los supuestos en los que un transportista extranjero entra en vacío en el territorio de otro Estado miembro a fin de prestar uno o varios transportes nacionales. Por su parte, el art. 8.2 del mismo Reglamento del 2009 permite que el transportista extranjero entre en vacío en otro Estado miembro distinto al de establecimiento con el fin de realizar una única operación de cabotaje durante los tres días siguientes a la entrada en dicho Estado. Si, después de tres operaciones de cabotaje en menos de 7 días, el transportista atraviesa la frontera del Estado de acogida para volver enseguida, comienza un nuevo ciclo de cabotaje, donde es necesario que se realice una carga y una descarga de mercancías, cada una de ellas considerada como una operación de cabotaje distinta.

⁴³ A estos efectos, me remito a los siguientes trabajos, DELEUZE, Q.: *Dumping social dans les transports routiers et aériens européens. Entre compétitivité et protection sociale*, Tesis Master en Derecho, Universidad católica de Lovaina, Curso académico 2015-2016, <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/fr/object/thesis:7839> y los por él allí citados o también, GUAMAN, A. y LOFFREDO, A.: *Dumping social dans le secteur du transport*, Informe para la ETF (ref. VS/2015/0230), http://www.etf-europe.org/files/extranet/-75/48067/FITE%20-%20Social%20dumping%20in%20the%20transport%20sector_FR.pdf

⁴⁴ Reglamento (CEE) n.º 881/92 del Consejo, de 26 de marzo de 1992, relativo al acceso al mercado de los transportes de mercancías por carretera en la Comunidad, que tengan como punto de partida o de destino el territorio de un Estado miembro o efectuados a través del territorio de uno o más Estados miembros (DO L95, de 9 de abril de 1992).

ma mercancía en varios lugares suponga varias operaciones de cabotaje, mientras que en otros esta misma situación comporte una única operación, con las consiguientes diferencias que se producen a los efectos del cómputo de los días que se permiten para la realización de la actividad de cabotaje y de las que, entre otras cosas, depende la aplicación o no de la Directiva 96/71/CE. Estas divergencias reguladoras internas tienen, lógicamente, como objetivo proteger el propio mercado nacional de transporte de mercancías por carretera. En estas condiciones, es lógico pensar que las diferencias sociales y de protección social hayan emergido como uno de los problemas principales de competitividad en el sector, puesto que el Reglamento 1071/2009, si bien impone la necesidad, entre otras, de que toda empresa dedicada al transporte por carretera cuente, entre otros requisitos, con un establecimiento estable y efectivo en algún Estado miembro⁴⁸, no ha sido extraña la creación de filiales o sucursales ficticias en los países con menores costes sociales para contratar conductores de dichos países para prestar servicios en los países con un mayor volumen de cabotaje, que son en estos momentos, fundamentalmente Francia y Alemania (como países -digamos que- de acogida), mientras que los países (de

origen) serían mayoritariamente los países del Este y también España y Portugal. Así, nos encontramos en un marco contextual donde se crean establecimientos artificiosos o, si se prefiere, oficinas o agencias diversas que carecen de las características de estabilidad y efectividad pregonadas por el Reglamento, amén de recurrir a la matrícula de vehículos en países distintos con el fin, en todo caso, de aminorar costes sociales y acceder a determinados tráficos que en otras circunstancias no sería posible. La reducción de costes sociales no sólo se produce por la vía de conectar las relaciones laborales con el país de origen de dichos conductores, a los que eventualmente se les aplicará el régimen corrector contenido en la Directiva 96/71/CE en el caso de considerar que nos encontramos ante supuestos de desplazamiento temporal, con independencia de la armonización que sobre materias tales como el tiempo de trabajo -sumamente flexible y objeto de incumplimientos e interpretaciones diversas en este entorno⁴⁹- pudiera existir a nivel europeo, sino sobre todo y fundamentalmente de la aplicación de las normas de seguridad social contenidas en el art. 13.1.a) y 13.1.b) del Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social, relativas a la pluriactividad o pluriempleo (y no curiosamente de desplazamiento), con una clara intención en desviar la aplicación de la *lex loci laboris* a estos efectos⁵⁰. Así, estas

⁴⁸ Que el art. 5 del Reglamento regula del siguiente modo: *Condiciones respecto del requisito de establecimiento. A fin de cumplir el requisito establecido en el artículo 3, apartado 1, letra a), la empresa deberá, en el Estado miembro de que se trate: a) tener un establecimiento situado en ese Estado miembro con locales en los que se conserven los documentos principales de la empresa, en particular sus documentos contables, los documentos de gestión del personal, los documentos con los datos relativos a los tiempos de conducción y reposo y cualquier otro documento al que deba poder acceder la autoridad competente que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el presente Reglamento. Los Estados miembros podrán exigir que los establecimientos situados en su territorio tengan disponibles asimismo otros documentos en todos sus locales; b) una vez concedida la autorización, disponer de uno o más vehículos, matriculados o puesto en circulación con arreglo a la legislación de ese Estado miembro, ya sea en plena propiedad, ya en virtud de otro título, por ejemplo un contrato de compraventa a plazos, un contrato de arrendamiento o un contrato de arrendamiento financiero (leasing); c) ejercer efectiva y permanentemente sus operaciones relativas a los vehículos mencionadas en la letra b), con el equipamiento administrativo necesario y con el equipamiento y las instalaciones técnicas adecuadas, en un centro de explotación situado en ese Estado miembro.*

⁴⁹ Aunque se trate de un documento relativamente antiguo, consúltese las diferencias reguladoras en http://temis.documentation.developpement-durable.gouv.fr/pj/NS/NS_019_1.pdf. A su vez, téngase en cuenta que la cuestión del tiempo de trabajo en el transporte por carretera está siendo objeto de numerosas interpretaciones por el TJUE, de entre las que destaca, a estos efectos, la relativa al descanso semanal. Al respecto, vid. la sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017. Asunto C-102/16. Caso Vaditrans BVBA [ECLI:EU:C:2017:1012].

⁵⁰ Así se señala en la *Practical Guide on The applicable legislation in the European Union (EU), the European Economic Area (EEA) and in Switzerland*, pp. 29 y ss. Se puede consultar en http://edujob.gr/sites/default/files/Practical%20guide_workers_EU_EN.pdf. Por su parte, la Dra. CARRASCOSA BERMEJO, D., experta en la materia, señala en el trabajo titulado "Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social" en VV.AA. [CASAS BAAMONDE, M.E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dir.): *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 509-557, que el colectivo de trabajadores por cuenta ajena que prestan servicios con carácter permanente en varios Estados miembros es cada vez más numeroso, al no estar sometido a las limitaciones de los desplazados;

normas conectan los costes de protección social con el país de residencia del conductor, normalmente procedentes, como decimos, del Este de Europa⁵¹; si bien ello se producirá siempre que ejerza una parte sustancial de su actividad en dicho Estado cuantificado en un 25%, dado que en otro caso se sujetará a la sede o el domicilio de la empresa⁵². Pues bien, quizá lo más interesante a mencionar en este contexto, tal y como un lector avezado habrá ya deducido de lo expresado, es la indudable influencia que la aplicación de estas normas de seguridad social tienen desde la perspectiva laboral y para la regulación del desplazamiento de trabajadores también, no en vano -y en primer lugar- recuérdese que el TJUE para solucionar el conflicto planteado en el caso Koelzsch supra mencionado y que tenía por objeto interpretar la noción de la *lex loci laboris* contenida entonces en el art. 6.2.a) CR (actual art. 8.2 Roma I) para el supuesto de un contrato de trabajo de un conductor del transporte por carretera acaba por “traducir” al contexto conflictual el contenido de las normas de seguridad social relativas al pluriempleo o pluriactividad, cuando incorpora como criterio para concretar la noción de *lex loci laboris* la locución de “parte sustancial de la actividad”. Ahora bien y en segundo lugar, el impacto de aquellas dispo-

siciones de seguridad social, relativas -insisto que al pluriempleo o pluriactividad y no al desplazamiento- no sólo quedan limitadas al caso Koelzsch en concreto, sino que también y como ya hemos expresado con anterioridad, acaban por afectar a los supuestos de desplazamiento temporal en general cuando el legislador comunitario empleó la solución dada en esta sentencia para establecer algunos de los criterios contemplados en el art. 4.3 de la Directiva 2014/67/UE, que contiene los criterios para concretar la noción de desplazamiento temporal.

En fin, dicho esto, y siguiendo con la situación relativa al transporte por carretera, lo cierto es que los problemas que ya se encontraban latentes, se han venido agudizado -precisamente, si bien desde otra vertiente- a propósito de la transposición “temprana⁵³” de la Directiva 2014/67/UE por parte de algunos Estados y su aplicación a los trabajadores de este sector, puesto que el incremento de los controles y la imposición de sanciones por parte de los Estados donde mayoritariamente se efectúa el transporte de cabotaje y la diversa forma de entender, de acuerdo con las legislaciones nacionales, si se aplican o no las Directivas 96/71/CE y la de 2014, han dado lugar a la necesidad de clarificar la situación existente. Así, en el contexto de reforma de la Directiva 96/71/CE propuesta por la Comisión en el año 2016⁵⁴ ya se señalaba la necesidad

afirmando a su vez en nota a pie 3 del esquema de la p. 533, que existen “dificultades para deslindar esta situación de la de desplazamiento y la ausencia de requisitos en este supuesto motiva que cada vez se use más esta vía, en busca de bajas cotizaciones, huyendo de la *lex loci laboris*”.

⁵¹ Sobre este particular se ha de subrayar que los artículos 13.1.a) y 13.1.b) Reglamento (CE) nº 883/2004 regulan los supuestos en los que una persona ejerza su actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros, lo que será típico del caso de los trabajadores del transporte por carretera. 1. *La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros estará sujeta a: a) la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro o si depende de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros o b) la legislación del Estado miembro en el que la empresa o el empresario que la ocupa principalmente tenga su sede o su domicilio, siempre que dicha persona no ejerza una parte sustancial de sus actividades en el Estado miembro de residencia.*

⁵² Sobre los trabajadores pluriactivos o pluriempleados, *vid.* PAOLIN, G.: *Europe sociale et travailleurs pluriactifs. La législation applicable en matière de sécurité sociale*, Larcier, Bruselas, 2015.

⁵³ Aquí utilizo el término “temprana”, muy probablemente contaminada por el que se ha sido el devenir de la transposición de esta norma en España, que se ha producido de manera muy tardía y, además, sin incluir mención específica alguna en relación con este sector, que por mi experiencia más cercana -en cuanto que residente en la frontera con Francia- han quedado notablemente afectados -y además de manera muy negativa, incluyendo aquí propuestas de sanción penales- por la aplicación de las normas de transposición fundamentalmente francesas y alemanas.

⁵⁴ Así, se señala expresamente en el Documento COM 2016 (128 final) que “Paralelamente, la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores constituye la base de las iniciativas en favor del sector del transporte por carretera, anunciadas por la Comisión en su programa de trabajo para 2016. Con estas medidas se pretende, en particular, mejorar las condiciones laborales y sociales de los trabajadores del sector, al tiempo que se impulsa la prestación eficiente y equitativa de servicios de transporte por carretera. Los dos millones de trabajadores que operan en este sector ejercen regularmente su actividad laboral en el territorio de diferentes Estados miembros du-

de acometer una regulación específica para el sector del transporte por carretera, que ha quedado recientemente refrendada en la resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 29 de mayo de 2018, sobre aquélla⁵⁵. De acuerdo con estas propuestas y deliberaciones, la recientemente adoptada Directiva 2018/957 hace depender su aplicación de la aprobación de las futuras normas específicas que se están debatiendo en la actualidad dentro del denominado paquete europeo de transporte por carretera⁵⁶. Estas especificidades se han plasmado hasta el momento en que se redactan estas páginas en la propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 1071/2009 y el Reglamento (CE) n.º 1072/2009, con el fin de adaptarlos a la evolución del sector [COM 2007/281-2017/0123 (COD)⁵⁷] y la propuesta de Directiva del Par-

rante breves períodos de tiempo. En este contexto, se espera que las próximas iniciativas para el sector del transporte por carretera contribuyan a una mayor claridad y respeto de las normas aplicables a los contratos de trabajo en dicho sector y permitan resolver los problemas específicos que plantea la aplicación de las disposiciones de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores en este sector específico.

⁵⁵ Así queda claramente reflejado en el texto aprobado en el Parlamento Europeo cuando en el artículo 2.2 de la resolución legislativa P8_TA-PROV (2018) 0213, se señala que *"La presente Directiva se aplicará al sector del transporte por carretera a partir de la fecha de aplicación de un acto legislativo que modifique la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y establezca normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y a la Directiva 2014/67/UE para conductores desplazados en el sector del transporte por carretera"*.

⁵⁶ Así se plasma en el art. 3.3 de la Directiva 2018/957 que señala que *"La presente Directiva se aplicará al sector del transporte por carretera a partir de la fecha de aplicación de un acto legislativo que modifique la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y que establezca normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de conductores en el sector del transporte por carretera"*.

⁵⁷ En este contexto, las medidas propuestas tienen por objeto, y por lo que respecta a la futura modificación de los Reglamentos n.º 1071/2009 y n.º 1072/2009, corregir las deficiencias que se han producido con respecto a la normativa actualmente vigente y que circundan sustancialmente la de mejorar la definición de establecimiento efectivo y fijo, así como la honorabilidad de la empresa y la capacidad financiera de éstas para operar en el sector y que han permitido el surgimiento de establecimientos ficticios de los que dábamos cuenta con anterioridad; homogeneizar las condiciones para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera, así como -y

lamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control de cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera [COM 2017/278-2017/0121 (COD)]⁵⁸.

esencialmente- la de tratar de extender esta regulación a las empresas de los LCV [Por LCV se entiende los vehículos ligeros, esto es, cuyo peso total de carga autorizada no supere las 3,5 toneladas, y que hasta la fecha era cada Estado miembro el que se encontraba facultado para aplicar las disposiciones del Reglamento n.º 1071/2009 sobre esta tipología de vehículos], no en vano -hasta la fecha- su aplicación dependía de las legislaciones internas de cada Estado miembro, lo que generaba distorsiones importantes, máxime teniendo en cuenta que en la actualidad aumenta el número de vehículos ligeros que realizan actividades de transporte internacional y de cabotaje por carretera. Finalmente, se pretende determinar el número de operaciones de cabotaje que pueden realizarse un Estado miembro de acogida tras un transporte internacional entrante y el número de días para efectuar dichas operaciones. De este modo, y por lo que respecta a las condiciones con respecto del requisito de establecimiento, se introducen una serie de medidas tendentes a garantizar que las empresas establecidas en un Estado miembro tengan en el mismo una actividad real y continua, así como precisiones en relación con la honorabilidad, de entre las que destaca la infracción grave sobre las normas sobre desplazamiento temporal de trabajadores, o condiciones con respecto a la capacidad financiera de dichas empresas. El objetivo que se persigue es el de tratar de esclarecer estas cuestiones para impedir -insisto- la creación de empresas ficticias y aplicar -de este modo- las sanciones pertinentes en caso de incumplimiento, ya sea la suspensión o retirada de la licencia para poder operar en el sector, ya sea para inhabilitar -en su caso- al gestor del transporte. Llama la atención, sin embargo, que todas estas medidas tengan un alcance limitado en relación con el sector de los LCV, para los cuales se pretende aplicar los requisitos relativos al establecimiento fijo y efectivo y la capacidad financiera adecuada, no así en relación con los requisitos sobre gestores del transporte, competencia profesional u honorabilidad, que dependerán de lo que a tal efecto determinen las legislaciones nacionales. Finalmente, y por lo que respecta al cabotaje, se propone la eliminación del número máximo de operaciones de cabotaje que pueden realizarse en un Estado miembro y se reduce el número máximo de días para efectuar dichas operaciones de cabotaje.

⁵⁸ Junto a las supra mencionadas, debe señalarse también la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n.º 561/2006 en lo que se refiere a los requisitos mínimos sobre los tiempos de conducción máximos diarios y semanales, las pausas mínimas y los períodos de descanso diarios y semanales y el Reglamento (UE) n.º 165/2014 en lo que se refiere al posicionamiento mediante tacógrafos - COM 2017/277 - 2017/0122(COD).

Pues bien, en estos instrumentos lo que se debate no es paradójicamente si en el marco del transporte por carretera existe o no desplazamiento temporal de trabajadores, esto es, si podemos o no considerar que existe un locus fijo desde el cual el trabajador presta servicios temporalmente en otro Estado, dado que se asume su existencia en el marco del cabotaje por carretera a pesar de que -como se ha intentado explicar anteriormente- se haya realizado una interpretación en el ámbito laboral procedente del criterio que sobre pluriactividad contiene el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social y, por tanto, no en materia de desplazados; sino que lo que se pretende es clarificar el concepto de establecimiento de las empresas de transporte por carretera, así como el alcance de la aplicación de la Directiva 96/71/CE (fundamentalmente el tiempo de trabajo y el salario) y las normas de control sobre la misma al transporte por carretera de cabotaje⁵⁹.

De este modo, y en particular, la propuesta de modificación de la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control de cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para

⁵⁹ El Reglamento (CEE) n.º 3118/93 del Consejo, de 25 de octubre de 1993, fue aprobado para el cabotaje terrestre, es decir, la prestación de servicios de transporte de mercancías por carretera en el interior de un Estado miembro por parte de un transportista establecido en otro Estado miembro. En la práctica, se trataba de las prestaciones de transportistas no residentes que, con motivo de un desplazamiento internacional, se encontraban en un país de acogida y que, en vez de volver con el vehículo vacío, efectuaban un transporte ulterior dentro de dicho país antes de alcanzar la frontera. En virtud de este Reglamento, las empresas titulares de una licencia comunitaria expedida por un Estado miembro podían prestar servicios de transporte de mercancías por carretera en otros Estados miembros, pero con la condición de que estos servicios únicamente se prestasen con carácter temporal. Posteriormente, el Reglamento (CE) n.º 1072/2009, de 21 de octubre de 2009, en su artículo 8, apartado 2, abandonó la noción del cabotaje general para adoptar la fórmula más restrictiva del cabotaje consecutivo (que fija un máximo de tres operaciones de cabotaje autorizadas en los siete días siguientes a un trayecto internacional hacia el país de acogida del cabotaje). Las disposiciones en materia de cabotaje son de aplicación desde el 14 de mayo de 2010, pero, como ya se ha señalado, serán objeto de modificación mediante la propuesta de la Comisión COM(2017)0281.

el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, se proponen establecer normas específicas sobre determinados aspectos de la directiva sobre desplazamiento en lo tocante a los requisitos administrativos y las medidas de control para el desplazamiento de dichos conductores. Así, se prevé que los Estados miembros no apliquen las disposiciones relativas a la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas (art. 3.1.b) Directiva 96/71/CE) y las cuantías de salario mínimo (art. 3.1.c) Directiva 96/71/CE) a los conductores empleados por empresas de transporte por carretera en el contexto de contrataciones y subcontratas cuando se trate de la realización de transportes internacionales y cuando el período de desplazamiento a su territorio sea inferior o igual a 3 días en un período de un mes natural. A su vez, se establece una formulación en relación con cómo calcular dichos períodos de desplazamiento. Así, en el caso de que el período de trabajo diario sea inferior a 6 horas de permanencia en el territorio de un Estado miembro de acogida se considerará media jornada, mientras que, si la duración es superior a esas 6 horas, se considerará jornada completa. A tales efectos, las pausas, períodos de descanso y los períodos de disponibilidad en que se haya permanecido en el territorio de un Estado miembro de acogida se considerarán como períodos de trabajo. Finalmente, se establece un listado de materias sobre las cuales los Estados miembros podrán imponer requisitos administrativos y de control, tales como la declaración de desplazamiento, pruebas de operación de transporte, los datos registrados por el tacógrafo⁶⁰, códigos de país de los Estados miembros donde se hayan realizado transportes internacionales por carretera o de cabotaje, etc.

⁶⁰ A estos efectos, téngase en cuenta el Reglamento (UE) n.º 165/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 relativo a los tacógrafos en el transporte por carretera, por el que se deroga el Reglamento (CEE) n.º 3821/85 del Consejo relativo al aparato de control en el sector de los transportes por carretera y se modifica el Reglamento (CE) n.º 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera (DOUE L60, de 28 de febrero de 2014).

3.2. El desplazamiento de trabajadores del personal de vuelo y de cabina en el transporte aeronáutico y la inaplicación en el ámbito laboral del criterio “base de operaciones” contenido en el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social

Similares circunstancias a las ya expresadas para el sector del transporte por carretera existen también en la industria aeronáutica, donde la liberalización progresiva a la que se ha asistido en el sector impacta -y de manera negativa- sobre las condiciones de vida y de trabajo de los tripulantes a bordo de aeronaves⁶¹. En efecto, la liberalización en el sector aeronáutico es una realidad ya asentada en el ámbito comunitario. Ésta comienza para el transporte aéreo en el año 1987, con la entrada en vigor del primer paquete de medidas liberalizadoras⁶² y continuó con la aplicación

gradual de paquetes consecutivos entre los años 1990⁶³ y 1992⁶⁴, consolidándose dicho proceso en 1997, cuando el tráfico doméstico de los países fue abierto a la competencia y

⁶³ Al primer paquete liberalizador supra referenciado, le siguió un segundo paquete representado por los Reglamentos (CEE) nº 2342/90 del Consejo, de 24 de julio de 1990, sobre las tarifas de los servicios aéreos regulares (DOCE L217, de 11 de agosto de 1990); Reglamento nº 2343/90, de 24 de julio de 1990, relativo al acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicio aéreos regulares intracomunitarios y a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías aéreas en servicios aéreos regulares entre Estados miembros (DOCE L217, de 11 de agosto de 1990) y el Reglamento 2344/90 del Consejo, de 24 de julio de 1990, por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 3976/87 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado de determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (DOCE L217, de 11 de agosto de 1990).

⁶⁴ A partir de la adopción de los siguientes reglamentos: Reglamento 2407/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas (DO L240, de 24 de agosto de 1992); Reglamento 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (DO L240, de 24 de agosto de 1992); Reglamento 2409/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos (DO L240, de 24 de agosto de 1992); Reglamento 2410/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, que modifica el Reglamento 3975/87 por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo y Reglamento 2411/92 del Consejo de 23 de julio de 1992 por el que se modifica el Reglamento 3976/87 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (DO L240, de 24 de agosto de 1992). De este modo, este tercer paquete sustituyó las líneas aéreas nacionales por «compañías aéreas comunitarias» y estableció como principio básico que cualquier compañía aérea comunitaria podía fijar libremente las tarifas para pasajeros y mercancías, así como acceder a cualquier ruta interior de la Unión sin ningún permiso o autorización (con la excepción de algunas rutas muy particulares en las que los Estados miembros podían imponer obligaciones de servicio público, sujetas a condiciones y por tiempo limitado). Este paquete también establecía los requisitos que las compañías aéreas comunitarias debían cumplir a fin de poder empezar a operar o seguir haciéndolo, sobre todo estableciendo una serie de requisitos: a) Deben ser propiedad de los Estados miembros y estar controladas efectivamente por estos y/o por ciudadanos de estos, y su principal lugar de actividad debe encontrarse en un Estado miembro; b) Su situación financiera debe ser buena; c) Deben disponer de un seguro adecuado para cubrir las responsabilidades en caso de accidente y d) Deben tener la capacidad profesional y la organización que permita garantizar la seguridad de las operaciones de conformidad con las normas en vigor. Esta capacidad se prueba mediante la expedición de un «certificado de explotador de servicios aéreos».

⁶¹ Para una descripción del proceso de liberalización en el sector, me remito aquí al trabajo de VAN HOUTTE, J.: *La libéralisation des transports aériens en Europe : mise en perspective et perspectives*, Memoria Tesis, Lovaina la nueva, 1995.

⁶² La apertura del mercado se produjo en el marco del primer paquete de medidas liberalizadoras comprendidas en los Reglamentos (CEE) nº 3975/87 del Consejo de 14 de diciembre de 1987 por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo (DOCE L374, de 31 de diciembre de 1987) y el Reglamento nº 3976/87, del Consejo de 14 de diciembre de 1987 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (DO L374, de 31 de diciembre de 1987), derogadas por el Reglamento (CE) nº 411/2004, de 26 de febrero de 2004 (DO L68, de 6 de marzo de 2004), así como de la mano de la Directiva 87/601/CEE del Consejo de 14 de diciembre de 1987 sobre tarifas para el transporte aéreo regular entre Estados miembros (DO L374, de 31 de diciembre de 1987) y la Decisión 87/602/CEE de 14 de diciembre de 1987 relativa a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías aéreas en servicios aéreos regulares entre Estados miembros y al acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares entre Estados miembros (DO L374, de 31 de diciembre de 1987). Al respecto, MENCİK VON ZEBINSKY, A.A.: *European Union External competence and external relations in Air transport*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1996, p. 45. También, BETANCORM O. y JORGE CALDERÓN, J.D.: “Efectos de la desregulación del transporte aéreo en España” en A. HERCE, J. Et De Rus, G.: *La regulación de los transportes en España*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 75 y ss donde describen el proceso desregulador europeo de los tres primeros paquetes aéreos.

se estableció plena libertad para la fijación de tarifas aéreas⁶⁵, quedando ya plenamente confirmado en el año 2008 cuando se adopta el Reglamento (CE) nº 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (versión refundida⁶⁶), que eliminó todas las restricciones comerciales restantes para las líneas aéreas europeas que operaban en la Unión, estableciéndose el denominado “mercado único europeo de la aviación”. Así, se crea un mercado regional en el espacio de la UE donde se establece la libertad de entrada y salida y libre establecimiento de rutas, frecuencias, capacidad y precios por parte de las compañías aéreas, registradas y certificadas en cualquier Estado miembro. También se establecieron nuevos sistemas de concesión de licencias a las compañías aéreas, suprimiéndose los acuerdos de capacidad entre las compañías de bandera y desaparecieron los repartos de mercado, así como las subvenciones estatales a las compañías aéreas, amén de armonizar las normas sobre seguridad aérea en el espacio europeo. En este contexto de apertura de los mercados nacionales, se crean nuevas compañías aéreas, generalmente privadas y low cost⁶⁷, que irrumpen en un mercado otrora estatalizado y de fuerte intervención pública y ahora abierto a la privatización y, por ende, a la competencia. Por su parte, hay que subrayar, con el fin de insistir en la alta competencia existente en el sector

que la concurrencia entre compañías aéreas no se reduce a la competencia entre empresas comunitarias entre sí exclusivamente, sino también entre éstas con compañías aéreas extranjeras, lo que ha dado lugar a que en estos momentos la Comisión intente establecer un sistema que garantice una competencia leal entre las compañías aéreas de la UE y de terceros países⁶⁸.

En estas circunstancias, no es de extrañar que uno de los mecanismos principales para lograr un mejor posicionamiento en el mercado e incrementar la competitividad entre compañías aéreas a nivel global haya sido el de buscar fórmulas para la reducción de los costes sociales y de protección social, fundamentalmente de quienes prestan servicios a bordo de aviones, como los pilotos o el personal de cabina. El mecanismo orientado a reducir dichos costes desde la perspectiva de la protección social y que, como veremos después, pretende repercutir –al menos a priori– en la determinación del Forum y/o de la Ley aplicable al contrato de trabajo de esta tipología de trabajadores (a los que recuérdese es de aplicación la Directiva 96/71/CE), viene de la mano del empleo del criterio de “base operacional” de la aeronave, introducido en el año 2012, cuando se modifica el Reglamento 883/2004 ex Reglamento nº 465/2012⁶⁹. De acuerdo con este criterio, los trabajadores de vuelo y de cabina quedan sujetos a la legislación de seguridad social del Estado miembro donde la empresa aérea establezca la base de operaciones de cada uno de aquéllos, entendiéndose por éste – según lo dispuesto en el Anexo III del Reglamento (CEE) nº 3922/91 del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos aplicables a la aviación civil⁷⁰– como el “lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios periodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se res-

⁶⁵ Sobre esta evolución, *inter alia*, GONZÁLEZ-VARRAS IBAÑEZ, S.: “La liberalización comunitaria del transporte aéreo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 10, 2001, pp. 611-626. Por su parte, también me remito aquí, al trabajo de FERNÁNDEZ TORRES, I.: *Derecho europeo de la competencia en el sector aéreo y aeroportuario*, Working Papers on European Law and Regional Integration, WP ODEIR nº 24, 2015, que se puede consultar online en [https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2015-04-16-WP%20ODEIR%20n%2024%20\(2015\)%20Derecho%20europeo%20de%20la%20competencia%20en%20el%20sector%20aéreo%20y%20aeroportuario.%20label%20Fernández%20Torres.pdf](https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2015-04-16-WP%20ODEIR%20n%2024%20(2015)%20Derecho%20europeo%20de%20la%20competencia%20en%20el%20sector%20aéreo%20y%20aeroportuario.%20label%20Fernández%20Torres.pdf)

⁶⁶ DOUE L293, de 31 de octubre de 2008.

⁶⁷ DELPECH, X.: “Le transport aérien low cost: aspects juridiques”, *Juris Tourisme* nº 127, 2011, pp. 31 y ss. Por su parte, vid. El interesante trabajo de BARNIER, L.-M.; CALAME, C. y VANDEWATTYNE, J.: “Le low cost dans le secteur aérien. Vers une reconfiguration systémique de la production?”, *La nouvelle revue du travail* nº12, 2018, URL : <http://journals.openedition.org/nrt/3527>; DOI: 10.4000/nrt.3527

⁶⁸ Vid. Documento COM (2017) 0289, de 8 de junio de 2017, titulado *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the council on safeguarding competition in air transport, repealing Regulation (EC) nº 868/2004*.

⁶⁹ De 22 de mayo (DOUE L149, de 8 de junio de 2012).

⁷⁰ DO L 373 de 31 de diciembre de 1991.

*ponsabiliza del alojamiento del tripulante*⁷¹. En consecuencia, se viene a modificar el art. 11 del Reglamento 883/2004 para incorporar un apartado específico en el que, se insiste, la actividad de un miembro de tripulación de vuelo o de cabina se entiende realizada en el Estado miembro donde se encuentre la citada base como locus laboris a efectos de su protección social. Esta variación o modificación normativa trae causa en la constatación de los problemas que ocasionaba conectar las relaciones laborales del personal aeronáutico con el sistema de seguridad social de un Estado miembro cualquiera fijado mediante el criterio de la sede de la empresa; criterio éste al que recurrían o del que se beneficiaban fundamentalmente las compañías aeronáuticas *low-cost*⁷² con la finalidad de incrementar sus beneficios, reducir costes y aumentar, por ende, su competitividad en el sector. Y es que hay que tener en cuenta que en no pocas ocasiones la legislación de seguridad social designada mediante ese procedimiento –establecimiento de la empresa- ni era coincidente con la del país de residencia de los trabajadores aéreos, ni tampoco se identificaba con el país donde éstos últimos desarrollaban habitualmente su actividad⁷³.

Así y a pesar de lo loable del objetivo perseguido mediante la introducción del criterio de base, lo cierto es que tampoco puede decirse

que el mismo sirva para solucionar completamente, ni mucho menos, las dificultades que ya existían previamente y a las que precisamente este nuevo criterio pretende combatir. Dicho de otra manera, más clara, la base como criterio de sujeción de los trabajadores de vuelo y de cabina al sistema de seguridad social determinado a través de aquél no está tampoco exento de dificultades. El primer obstáculo viene determinado por el período transitorio establecido en el art. 87bis del Reglamento 883/2004 para la aplicación del criterio de base⁷⁴. Así, y de acuerdo con esta disposición, los trabajadores aeronáuticos que ya estuvieran sujetos a un régimen de seguridad social distinto al que le correspondiera mediante la aplicación del nuevo criterio, se les seguirá aplicando dicha legislación durante un período transitorio hasta que cambie su situación y, en todo caso, durante un período no superior a diez años desde la entrada en vigor del Reglamento del año 2012. Por su parte, también es un criterio endeble desde la perspectiva de que este lugar –el de base- es seleccionado por la propia empresa, de tal manera que no es extraño que en este sector nos encontremos ante bases falsas o ficticias, en cuanto que no se corresponden con la realidad de los trayectos efectuados, ni tampoco con el lugar de residencia del personal navegante a bordo de aeronaves o también con la posibilidad de que se establezcan multi-bases en países diversos⁷⁵. También podemos encon-

⁷¹ De acuerdo con el considerando 4º del Reglamento del año 2012, se establece que "Con el fin de facilitar la aplicación del título II del presente Reglamento a los miembros de tripulaciones de vuelo y de cabina, está justificado tomar este concepto de "base" como el criterio para determinar cuál es la legislación aplicable a los miembros de las tripulaciones de vuelo y de cabina. Sin embargo, la legislación aplicable a los miembros de las tripulaciones de vuelo y de cabina debe mantenerse estable y el principio de "base" no ha de entrañar cambios frecuentes de legislación aplicable debido a los modelos de trabajo del sector industrial o a demandas estacionales".

⁷² MORSÀ, M.: "Dumping social dans le secteur du transport européen. Appel à un meilleur encadrement européen des pratiques sociales", *Journal des tribunaux du travail (JTT)* nº 1200, 2014, pp. 421-430 y en particular p. 423. GAMEI, L.: "Personnes des aéronefs et lois sociales françaises: les companies low cost dans les turbulences du droit social français", *Droit Social* nº 5, 2012.

⁷³ Sobre esta cuestión, DELEUZE, Q.: *Dumping social dans les transports routiers et aériens européens. Entre compétitivité et protection sociale*, Tesis Master en Derecho, Universidad católica de Lovaina, Curso académico 2015-2016, <https://dial.uclouvain.be/memoire/uc/lf/fr/object/thesis:7839>, pp. 63 y ss.

⁷⁴ Disposición transitoria para la aplicación del Reglamento (UE) nº 465/2012: "1. Si, como resultado de la entrada en vigor del Reglamento (UE) nº 465/2012, fuese aplicable a una persona, con arreglo al título II del presente Reglamento, la legislación de un Estado miembro distinto de aquel cuya legislación se le aplicaba antes de dicha entrada en vigor, se seguirá aplicando a dicha persona la legislación del Estado miembro que le era aplicable antes de esa fecha, durante un período transitorio hasta que cambie su situación y en todo caso no superior a diez años desde la entrada en vigor del Reglamento (UE) nº 465/2012. La persona interesada puede solicitar que se le deje de aplicar el período transitorio. La solicitud debe presentarse ante la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro de residencia. Se considerará que las solicitudes presentadas a más tardar el 29 de septiembre de 2012 tendrán efectos a partir del 28 de junio de 2012. Las solicitudes presentadas después del 29 de septiembre de 2012 tendrán efecto el primer día del mes siguiente a su presentación".

⁷⁵ Sobre este fenómeno, *vid.* DELEUZE, Q.: *Dumping social dans les transports routiers et aériens européens. Entre compétitivité et protection sociale*, Tesis Master en Derecho,

trarnos ante determinadas prácticas, generalizadas por parte de algunas compañías aéreas de bajo coste, que evitan designar como base algunos lugares-países con el fin de eludir los costes sociales que les correspondería abonar de situar la base de los trabajadores en aquél⁷⁶.

Como es visible, a la luz de lo ya expuesto, el proceso de liberalización económica seguido en el sector aeronáutico en la UE ha traído consigo la búsqueda de fórmulas o mecanismos que sobre la base de la libertad de establecimiento primero y de la libre prestación de servicios después, busquen la aminoración de los costes sociales, como en realidad también ocurre, entre otros, en el sector del transporte por carretera antes visto. Ahora bien, a diferencia de lo acaecido en el transporte por carretera, en el sector aeronáutico no se ha alzado, que sepamos, ninguna voz orientada a tratar de inaplicar la Directiva original de Desplazamiento, tal y como se demuestra en la Directiva del año 2018 que guarda silencio sobre la cuestión, como tampoco una mínima reacción a la adopción de la Directiva 2014/67/UE de acompañamiento de la primera que, insisto, son de aplicación en la medida en que no se excluyó al personal aéreo de su ámbito de aplicación. La pregunta o interrogante que podría surgir inmediatamente es obvia: ¿por qué no se ha producido una situación análoga a la del transporte por ca-

retera en este contexto o sector económico? En mi opinión, puede aventurarse una respuesta más o menos sencilla, de tal manera que puede sostenerse que no ha sido necesario adoptar normas ad hoc o específicas para el sector aeronáutico porque la reforma operada en el Reglamento comunitario de coordinación de sistemas de seguridad social en el año 2012, incorporando la base de operaciones de la aeronave, venía a cubrir las exigencias de los operadores del sector para tratar de reducir el dumping social en este sector que ciertamente se focalizaba fundamentalmente en las cuestiones de seguridad social. Se ha venido, por tanto, dejando de lado o, si se quiere, postergada la materia laboral; probablemente porque se ha entendido a estos efectos –eventualmente y a priori– que el lugar identificado mediante este procedimiento –base operacional– puede extrapolarse al ámbito del contrato de trabajo y, por ende, al supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores⁷⁷. Ahora bien, la situación en la práctica no es tan sencilla como pudiera pensarse, en la medida en que el propio TJUE, en el caso Nogueira de 2017, ha rechazado la correlación absoluta entre base de operaciones= locus laboris a efectos del forum y, eventualmente también, con respecto a la *lex loci laboris* a efectos del *Ius*⁷⁸. Así, no parece del todo factible asimilar la base de operaciones con la

Universidad católica de Lovaina, Curso académico 2015-2016, <https://dial.uclouvain.be/memoire/uc/ffr/object/thesis:7839>, pp. 63 y ss.

⁷⁶ Los tribunales franceses han sido los más beligerantes en este contexto, puesto que se han pronunciado en más de una ocasión condenando a alguna de estas empresas al pago de indemnizaciones millonarias por eludir la normativa social y de seguridad social que realmente es de aplicación a los trabajadores de vuelo y de cabina al servicio de esta tipología de compañías aéreas o condenando por trabajo "disimulado", como en el caso de la sentencia nº 11-88.420 (nº 1078) de la Cour de cassation, criminelle francés de 11 de marzo de 2014, *Recueil Dalloz* 2014, p. 670. Ya lo ponía de manifiesto, dando cuenta de alguna sentencia francesa con un gran impacto, el Prof. BAYLOS en su blog en el año 2013, dando cuenta de una sentencia del tribunal de Aix-en-Provence de 1 de octubre de ese mismo año, que condenaba a Ryanair en http://baylos.blogspot.com/2013/10/dumping-social-en-el-transporte-aereo_21.html. A estos efectos, cabe señalar que el mismo proceso se ha comenzado a seguir también en el transporte por carretera, como se pone de manifiesto en determinadas publicaciones aparecidas en prensa, <https://diariodetransporte.com/2018/04/multa-de-216-000-euros-a-una-empresa-de-transportes-por-dumping-social/>

⁷⁷ A estos efectos, me gustaría resaltar a efectos informativos que la inclusión de la locución "país a partir del cual" incorporado al art. 8.2 Roma I trae causa precisamente en los conflictos que se habían suscitado, sobre todo, en Francia en relación con los trabajadores aeronáuticos y la aplicación de la ley de matrícula en analogía con la *lex loci laboris*, ya sea por ejemplo a propósito del caso Air Afrique de 1986 [GAUDEMET-TALLON, H.: "Sur l'affaire Air Afrique", *Droit Social*, nº 5, 1986, pp. 406 y ss. RODIERE, P.: "Le droit du travail international et le transport aérien (à propos d'Air Afrique)", *Droit Social*, nº 9-10, 1986, pp. 709-714. COHEN, M.: "Ordre juridique étranger et prérogatives du comité d'entreprise (affaire Air-Afrique, suite)", *Droit Social*, nº 11, 1990, pp. 799-802] ya sea a propósito del Asunto Warbecq del año 2004 [Auto del 10 de junio de 2004 del TJUE, C-555/03, Magali Warbecq contra Ryanair Ltd] cuya petición prejudicial nunca fue resuelta por incompetencia del TJUE.

⁷⁸ A diferencia de algún que otro pronunciamiento interno, como es el caso de la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ CV, de 9 de enero de 2018 (nº rec. 3364/2017) (nº resolución: 33/2018). Roj: STSJ CV 239/2018 - ECLI: ES: TSJCV: 2018: 239. Comentario FOTINOPOULOU BASURKO, O.: "¿Cuál es el lugar de desempeño habitual de la prestación de servicios de un tripulante aeronáutico?: El avión como locus laboris a efectos del Forum (sic)", *Revista Jurisdicción social* nº 189, 2018, pp. 57-64.

lex loci laboris en el sentido de “país a partir del cual”⁷⁹ sobre el que aplicar el aparato corrector de la Directiva 96/71/CE. En consecuencia, surge o, más bien, se mantiene la cuestión principal de determinar primero si los trabajadores aeronáuticos pueden ser considerados como trabajadores desplazados o no, así como –y en su caso– cuál es locus laboris habitual/centro efectivo de prestación de servicios desde el cual los pilotos y/o el personal de cabina son desplazados para prestar servicios y, por supuesto, cuál es la legislación social aplicable a esta tipología de trabajadores⁸⁰.

4. CONCLUSIÓN

Como se ha querido mostrar en este trabajo, la interacción existente entre los bloques normativos que regulan el Ius desde la perspectiva laboral y de seguridad social (y también del Forum) aplicables a los trabajadores móviles y, en particular, a los trabajadores desplazados es una realidad, a pesar de sus limitaciones, incontestable. En particular, esta vinculación se ha venido manifestando con respecto a los intentos por incorporar un límite temporal -idéntico primero y similar

después- al contenido en el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social, finalmente frustrado. Por su parte, y con posterioridad se analiza esta misma interrelación con respecto a los trabajadores que prestan servicios en distintos sectores del transporte como el caso del transporte por carretera y aéreo, donde se pone de manifiesto las dificultades que existen para interpretar las normas generales de aplicación sobre el Ius (Roma I y Directiva 96/71/CE), máxime cuando se trata de supuestos de trabajadores en itinerancia, de tal manera que parece difícil presumir la existencia de un verdadero desplazamiento de trabajadores en estos supuestos. Quizá, y a modo de reflexión general, sería oportuno debatir y detenerse sobre si la existencia de varios bloques normativos con objetivos y con parámetros distintos a la hora de discernir la habitualidad y/o temporalidad en la prestación de servicios es lo más adecuado o no para resolver los problemas que plantea el desplazamiento temporal de trabajadores o la movilidad de trabajadores más ampliamente, así como si las intervenciones interpretativas que sobre aquéllas realiza el TJUE orientadas a hacerlas converger pueda responder a un intento por acabar con dicha atomización.

⁷⁹ Así MANKOWSKI, P.: “Employment contracts under Article 8 of the Rome I Regulation” en FERRAN, F. y LEIBLE, S.: *Rome I Regulation*, Sellier-European Law Publisher, Munich, 2009, pp. 177-178.

⁸⁰ El país donde este debate se ha producido con bastante intensidad ha sido en Francia, no en vano sus tribunales han venido abordando este problema desde antiguo. Así, entre otros, PRADA-BORDENAVE, E.: “Les compagnies “low cost” (suite) (Conseil d’État, 11 juillet 2007, easyJet airlines Company Ltd et Ste Ryanair Ltd.)”, *Droit social* 2007, p. 1159. MORVAN, P.: “Y-a-t-il du droit français dans l’avion? (Réflexions sur les salaires low coast de Air Afrique à Easyjet)”, *Droit Social* n° 2, 2007, pp. 191 a 196. LACOSTE-MARY, V.: “Aterrissage force sur le droit français (le juge français et le contrat du travail internationale d’une hôteesse de l’air)”, *Droit ouvrier* n° 718, 2008, pp. 247-252; LHERNOULD, J-Ph.: “Un décret pour lutter contre le dumping social

des compagnies aériennes”, *Liasons social Europe* n° 14, 2006, pp. 2 y ss. BACQUIER, M.: “Conflits de lois et de juridictions: localiser la prestation de travail du personnel navigant des compagnies aériennes” *Droit Social* n° 2, 2011, pp. 169-174. GAMET, L.: “Personnes des aéronefs et lois sociales françaises: les compagnies low cost dans les turbulences du droit social français”, *Droit Social* n° 5, 2012, pp. 502-509. CHAUMETTE, P.: “Le centre effectif des activités des navigants aériens”, *Droit Social* 2012, p. 648. JAULT-SESEKE, F.: “Compétence juridictionnelle et compétence législative pour le personnel navigant: les pratiques des compagnies aériennes condamnées par la Cour de cassation”, *Revue de droit du travail* 2012, p. 388. TUR, L.: “Contrats de travail et loi applicable”, *Juris Tourisme* n° 149, 2013. También, DELPECH, X.: “À la une – Transport aérien- Pilotes de ligne salariés d’EasyJet: rejet de la qualification de travailleur détaché”, *Juris Tourisme* n° 178, 2015.

RESUMEN

El objeto de este trabajo es analizar, con carácter general, la interrelación existente entre el bloque normativo europeo relativo a la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo (Roma I y Directiva 96/71/CE) con respecto al Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de seguridad social a propósito de la evolución normativa operada en los diversos bloques que son de aplicación por lo que respecta al fenómeno del desplazamiento temporal de trabajadores. A estos efectos, el trabajo cuenta con dos partes diferenciadas, aunque obviamente interrelacionadas.

La primera de aquéllas se centra en el proceso seguido para tratar de concretar la temporalidad propia de la noción de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios desde la perspectiva del marco normativo laboral aplicable. En este sentido, se recuerda que una de las grandes dificultades que han existido y existen en relación con la regulación de este fenómeno es precisamente el de la concreción de la noción de temporalidad a partir de la cual el contrato de trabajo plurilocalizado de los trabajadores insertos en dicha movilidad quedará regido o mejor dicho coregido, siquiera parcialmente, por un conjunto de disposiciones denominado “núcleo duro” en el Estado de acogida. Y es que, como se sabe, la inclusión o no de un plazo de acuerdo con el cual pueda determinarse desde el plano jurídico-laboral el ordenamiento jurídico-laboral aplicable (*lex contractus/lex loci laboris*=país de origen más núcleo duro de disposiciones del Estado de acogida) o, en su caso, superado dicho plazo, modificación de la *lex contractus* a favor del ordenamiento jurídico laboral del inicial Estado de acogida que ya se convierte en estable y duradero *ex post*, ha sido y es una cuestión sumamente problemática desde antiguo. Así, se analizan dichos problemas conceptuales basados en la distinta aproximación que los instrumentos de aplicación realizan sobre la cuestión. Y es que, como se sabe, tanto el Reglamento Roma I y/o la Directiva 96/71/CE son, como es bien sabido, divergentes a la hora de regular la estabilidad o, para ser más exactos, la habitualidad en la prestación de servicios en los contratos de trabajo plurilocalizados y por ende también del tratamiento jurídico que del desplazamiento realizan, de una manera u otra, ambas regulaciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, la primera parte del trabajo aborda la evolución normativa seguida con respecto a esta materia por lo que respecta a ambos instrumentos jurídicos, no en vano ya sea en el transcurso de comunitarización del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 en el actual Reglamento Roma I, ya sea durante el proceso, ahora ya concluido, de modificación de la Directiva 96/71/CE original, la cuestión de la identificación de la habitualidad/temporalidad ha estado no sólo latente, sino que ha sido prioritaria para las instituciones que han abordado dicha problemática. Y en este marco, se analiza la influencia –directa o indirecta, mediante la interpretación operada por el TJUE en algunos casos- que el bloque sobre ley aplicable en materia de seguridad social representada por los criterios contenidos en el actual Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de seguridad social ostenta para el trasfondo de la regulación sobre desplazamiento, no en vano, esta norma sí prescribe un período predeterminado en relación con esta tipología de movilidad internacional de trabajadores que se cifra en 24 meses, durante los cuales el trabajador desplazado seguirá estando afiliado al Estado de origen y, en consecuencia, sujeto a la legislación de seguridad social de tal

Estado, amén de establecer criterios específicos para algunos trabajadores del transporte insertos en supuestos de movilidad transnacional en la prestación de servicios.

Precisamente y siguiendo con esta última cuestión, la segunda parte del trabajo se enfrenta a la misma cuestión general si bien desde una perspectiva sectorial y/o centrada en los trabajadores del transporte (en concreto de carretera y aéreo) donde a propósito de diversas interpretaciones operadas por el TJUE con respecto fundamentalmente a la noción de *lex loci laboris* contemplada en el extinto CR y su aplicación sobre los contratos de determinados trabajadores itinerantes, el TJUE ha venido pronunciándose en un determinado sentido, donde de manera disimulada atrae al bloque laboral soluciones ya contenidas en el bloque relativo a la determinación del *Ius* desde la perspectiva de la seguridad social.

Todo ello nos lleva a reflexionar sobre el alcance general de estas aproximaciones, tanto normativas, como jurisprudenciales a la hora de resolver delicados problemas jurídico-laborales y de protección social en la superficie y de carácter económico-competitivo (y político) en su esencia.

Palabras clave: Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional; trabajadores desplazados; legislación aplicable; trabajadores del sector del transporte por carretera y trabajadores del sector del transporte aéreo.

ABSTRACT The purpose of this paper is to analyse, in general terms, the interrelation between the European regulations regarding the law applicable to the employment contract (Rome I and Directive 96/71/EC) with respect to Regulation 883/2004 on coordination of Social Security systems with regard to the evolution of rules operated in the various blocks that are applicable as regards the phenomenon of temporary posting of workers. For these purposes, this paper has two different parts, although obviously interrelated.

The first one is focused on the process to try to specify the temporary definition of the concept of posting of workers within the framework of a transnational provision of services from the perspective of the applicable labour law. In this sense, it is reminded that one of the great difficulties that have existed and still exist in relation to the regulation of this phenomenon is precisely that of the definition of “temporary” from which multi-state work contracts of posted workers will be ruled or, better said, corrected, even partially, by a set of provisions called “hard core” in the host State. And as it is known, the inclusion or not of a deadline according to which the applicable labour regulations can be determined from the legal-labour level (*lex contractus* / *lex loci laboris* = country of origin plus “hard core” provisions of the host State) or, where appropriate, after that period has expired, modification of the *lex contractus* in favour of the labour legal system of the initial host State that has already become stable and lasting *ex post*, has been and is a highly problematic issue since old times. Thus, these conceptual problems are analysed based on the different approach applied by the application instruments to the question. And, as it is well known, both Rome I Regulation and/or Directive 96/71/EC are divergent when regulating stability or, to be more precise, the usual provision of services in multi-state work contracts and, therefore, of the legal treatment of posting which, in one way or another, is dealt with in both regulations.

Bearing in mind the above, the first part of the paper focuses on the evolution of legislation in relation to this matter regarding both legal instruments. Not in vain, either in the course of communitization of the Rome Convention on the law applicable to the 1980 contractual provisions of the current Rome I Regulation, either during the process, now completed, of amending the original Directive 96/71/EC, the issue of identification of usual/temporary worker has been not only latent, but also it has been a priority for the institutions that have addressed this problem. And within this framework, we analyse the influence - direct or indirect, according to the interpretation operated by the CJEU in some cases - that the block on the applicable law in terms of Social Security represented by the criteria contained in the current Regulation 883/2004 on coordination of Social Security systems, holds for the background of the regulation on posting. Not in vain, this rule does prescribe a predetermined period in relation to this type of international posting of workers that is estimated in 24 months, during which the posted worker will continue to be registered in the State of origin and, consequently, subject to the Social Security legislation of that State, in addition to establishing specific criteria for some transport workers who are included in cases of transnational posting in the provision of services.

As a matter of fact and continuing with this last question, the second part of the paper tackles the same general question but from a sectoral perspective and/or focused on transport workers (specifically road and air) where, on the subject of various interpretations operated by the CJEU with respect mainly to the notion of *lex loci laboris* contemplated in the extinct CR and its application on the contracts of certain itinerant workers, the CJEU has declared itself in a certain sense, where in a hidden way it gives the labour block some solutions

that were already included in the block related to the determination of the *Ius* from the perspective of Social Security.

All this leads us to reflect on the general scope of these approaches, both legislative and jurisprudential when it comes to solving delicate legal-labour problems and social protection on the surface and economic-competitive (and political) in its essence.

Keywords: Posting of workers within the framework of transnational provision of services; posted workers; applicable legislation; workers in the road transport sector and workers in the air transport sector.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

La coordinación de la protección por desempleo en los Reglamentos de Coordinación de la UE y su reforma*

Coordination of unemployment benefits in the Regulations of the European Union and their reform

ALFREDO NOVALES BILBAO**

1. LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

La libre circulación de personas constituye una de las cuatro libertades fundamentales del mercado interior de la Unión Europea (UE).

La ciudadanía de la Unión confiere a todo ciudadano de la Unión Europea el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, aunque este derecho está sujeto a las limitaciones y condiciones previstas tanto en los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea como en las distintas normas de desarrollo adoptadas para su aplicación¹; lo que, en términos generales,

se conoce como “derecho a la libre circulación de personas”.

Como principal instrumento normativo de derecho comunitario para regular la libre circulación, el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), enuncia de manera general el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

El principio de libertad de circulación de los ciudadanos se desarrolla en la Directiva 2004/38, de 29 de abril de 2004², por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68, relativo 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.

De conformidad con el art. 17.1 de la Directiva 2004/38, los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias gozan del derecho de residencia mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

En los primeros tres meses, los ciudadanos pueden entrar en cualquier Estado miembro

* Análisis de los reglamentos (ce) n° 883/2004, de 29 de abril de 2004 y (ce) n° 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, del parlamento europeo y del consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y de las decisiones y recomendaciones sobre la protección por desempleo. Proceso de revisión de los reglamentos.

** Subdirector General Adjunto de Prestaciones por Desempleo. Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) (puesto ocupado en la fecha de redacción del artículo; actualmente Jefe de Sección de la Consejería de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social ante la OIT, en la Representación Permanente de España en Ginebra ante NU y otros OOI)

¹ <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-force.html>

² <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2004/38/oj?locale=es>

sin limitaciones. Después de dicho período, el Estado miembro de acogida puede requerir demostrar que tienen una verdadera oportunidad de encontrar empleo. En el caso de que no tengan derecho a residir, carecerán del derecho al trato igual en lo que refiere al acceso a la asistencia social (art. 24.2 Directiva 2004/38).

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva, como ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en los Casos Lida 40/11 y Rahman 83/11, el derecho de “otros miembros de la familia” nacionales de terceros países es, en todo caso, un derecho derivado del derecho del ciudadano de la Unión y “no un derecho autónomo de los nacionales de terceros países”. La facilitación de la residencia de la llamada familia extensa responde, por tanto, a la necesidad de evitar un menoscabo de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión.

La Directiva 2004/38 fue incorporada a la legislación en España mediante transposición por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

2. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

El derecho a la libre circulación de personas permite a los ciudadanos europeos desplazarse a otro Estado miembro para desarrollar un trabajo por cuenta propia o ajena sin que el Estado de acogida pueda establecer ningún impedimento a la entrada, residencia o salida que sea discriminatorio por razón de la nacionalidad del ciudadano que ejerce dicho derecho.

El reconocimiento de este derecho de vertiente europea conlleva la creación en nuestro ordenamiento jurídico de un régimen especial distinto del régimen general de extranjería y que, en la práctica, se conoce como “régimen de europeos”.

El derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión se concreta en el artícu-

lo 45 del TFUE por lo que respecta a la libre circulación de los trabajadores, por el que se confiere el derecho a desplazarse a otro Estado miembro para ocupar un puesto de trabajo, buscar empleo o aceptar ofertas de empleo, trabajar en dicho Estado sin necesidad de obtener un permiso de trabajo, residir en dicho Estado por este motivo y permanecer en el mismo incluso una vez haya finalizado el empleo, teniendo derecho a recibir el mismo trato que en cada país reciben los ciudadanos del Estado miembro de acogida en cuanto al acceso al empleo, a la remuneración y a otras condiciones de trabajo y empleo.

La libertad de circulación de los trabajadores se configura como uno de los principios básicos del mercado interior europeo, definido en los artículos 45 y 46 TFUE. En el propio Tratado están previstas limitaciones, en particular por motivos de orden público, seguridad pública, salud pública y para el empleo en el servicio público, aunque el TJUE interpreta estas excepciones muy restrictivamente.

El Reglamento (UE) n° 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011³, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, define aquellos ámbitos específicos en los que se prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad. De acuerdo con su considerando 2, el principio de libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión supone la abolición, entre los trabajadores de los Estados miembros de toda discriminación por razón de la nacionalidad con respecto al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo, así como al derecho de estos trabajadores a desplazarse libremente dentro de la Unión para ejercer una actividad asalariada, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

Por su parte, la Directiva 2014/54/UE, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores, adoptada el 16 de abril de 2014, tiene como finalidad proporcionar una mayor protección contra

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02011R0492-20160512>

la discriminación y los obstáculos injustificados a los que se enfrentan los trabajadores de la Unión y los miembros de sus familias en el ejercicio de su derecho a la libre circulación. La Directiva prevé la creación de organismos nacionales para facilitar apoyo y asistencia a los trabajadores de la Unión y a los miembros de sus familias; el fomento del diálogo con los interlocutores sociales y las organizaciones no gubernamentales; y una mejor difusión de información a escala nacional entre los trabajadores de la Unión y los miembros de sus familias, los empleadores y otras partes interesadas.

3. LA COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 48 TFUE⁴, establece que el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, adoptarán, en materia de seguridad social, «las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores», creando, en especial, un sistema que garantiza a los trabajadores migrantes la "acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales".

Los Tratados fundacionales no han creado un sistema europeo de Seguridad Social, uniforme para los distintos Estados miembros, sino que se han centrado en la tarea de coordinar sus legislaciones internas con la finalidad de que converjan los objetivos y políticas de protección social, y de que se reafirme esta última entre los valores comunes de la UE.

El Derecho derivado de la UE no contiene, por tanto, normas de convergencia ni de armonización, sino de coordinación, conservando los Estados la capacidad de establecer sus propios sistemas de protección conforme a su propia regulación, desde los tipos de protección, los requisitos de acceso o las reglas para la determinación de sus cuantías⁵.

La existencia de regímenes de seguridad social diversos y, al mismo tiempo, la exigencia de eliminar las trabas que ello pudiera suponer a la libre circulación de trabajadores en condiciones de igualdad, hizo imprescindible que la UE aprobase un conjunto de normas de obligado cumplimiento para los Estados en forma de Reglamentos y Decisiones, con la finalidad de coordinar los diferentes sistemas de seguridad social con objeto de facilitar la movilidad de los trabajadores⁶.

Como tales normas de coordinación, en contraposición a normas armonizadoras, los Estados son soberanos para establecer su régimen de Seguridad Social, las condiciones de acceso a las prestaciones y los colectivos protegidos, pero deben mantener los principios de igualdad de trato y no discriminación, principios para cuya aplicación ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia del TJUE.

Los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, aplicables a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Unión Europea, son los siguientes:

- a) El Reglamento (CE) n° 883/2004, de 29 de abril de 2004⁷, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, conocido como el Reglamento de base. Según establece su artículo 91, es aplicable a partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento de aplicación.
- b) El Reglamento (CE) n° 987/2009, de 16 de septiembre de 2009⁸, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, conocido como el Reglamento de aplicación. De acuerdo con su artículo 97, entró en vigor el 1 de mayo de 2010.

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-force.html>

⁵ Para conocer los sistemas de protección en detalle, ver el informe comparativo del sistema de información recíproca en materia de protección social: missoc <https://www.missoc.org/missoc-database/comparative-tables/>

⁶ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=862&langId=es>

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004R0883:20130108:ES:HTML>

⁸ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2009R0987:20130108:ES:HTML>

- c) El Reglamento (UE) n° 1231/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2011, amplía la aplicación de los Reglamentos (CE) n° 883/2004 y (CE) n° 987/2009, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro y mantengan una relación transfronteriza pero que debido únicamente a su nacionalidad no estén cubiertos por los mismos.

Asimismo, deben tenerse en cuenta las Decisiones que extienden la aplicación de los Reglamentos a otros Estados que no son miembros de la Unión Europea:

- a) La Decisión n° 1/2012, del Comité Mixto establecido en virtud del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la confederación Suiza, por otra, de 31 de marzo de 2012, supone la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) n° 883/2004 y (CE) n° 987/2009, en las relaciones con Suiza.
- b) La Decisión n° 76/2011 del Comité Mixto del Espacio Económico Europeo (EEE), de 1 de julio de 2011, por la que se amplía la aplicación de los Reglamentos (CE) n° 883/2004 y (CE) n° 987/2009, en las relaciones con los Estados parte del Acuerdo del EEE, por lo que los reglamentos son de aplicación también a Noruega, Islandia y Liechtenstein.

El ámbito de aplicación de los citados reglamentos se extiende a las prestaciones de asistencia sanitaria, jubilación, y desempleo, entre otros. Quedan excluidas las prestaciones de asistencia social.

3.1. La frontera entre las ayudas para la inserción en el mercado de trabajo y las prestaciones por desempleo

Una delgada línea separa las prestaciones de Seguridad Social y de asistencia social en lo que respecta al principio de igualdad de trato y no discriminación por motivos de nacionalidad; línea que se desdibuja todavía más cuando la cuestión que se plantea es el derecho de un demandante de empleo a solicitar ayudas

de reinserción laboral en condiciones de igualdad a las de un ciudadano nacional.

La Directiva 2004/38/CE de libre circulación de personas, a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, establece que todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un periodo superior a tres meses siempre y cuando cumpla determinados requisitos. A este respecto, la Directiva declara en su décimo considerando que conviene, sin embargo, evitar que los beneficiarios del derecho de residencia se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante un primer periodo de estancia. El artículo 24 exige una residencia mínima de tres meses antes de poder ser beneficiario de una ayuda de asistencia social, y ello salvo que resulte en una carga desorbitada para el Estado.

Transcurridos los tres primeros meses, para la aplicación del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en la concesión de una ayuda de asistencia social, el Estado puede exigir la aplicación del test de residencia⁹.

Debe tenerse en cuenta que la protección por desempleo no puede limitarse a un beneficio económico, sino que debe ofrecer necesariamente servicios dirigidos a la reinserción (ver informe del grupo de análisis trESS *Thematic report 2012 "Coordinación de prestaciones con las medidas de activación"*¹⁰), por lo que, en principio, conviene precisar si cuando se invoca el principio de igualdad se está tratando de acceder a una medida de política activa de empleo o una prestación de seguridad social.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, en su labor de interpretación y aplica-

⁹ La Directiva 2004/38 establece que los ciudadanos de la UE pueden residir en otro Estado miembro por tiempo superior a tres meses siempre y cuando (i) sean trabajadores por cuenta ajena o propia en el Estado miembro de acogida, (ii) dispongan recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida y (iii) dispongan de un seguro de enfermedad.

¹⁰ http://www.tress-network.org/EUROPEAN%20RESOURCES/EUROPEANREPORT/trESS_ThematicReport2012.pdf (pgs. 9 y ss. y 28 y ss.)

ción de las normas comunitarias en relación con las normas de derecho nacional de los distintos Estados miembros, la determinación de la naturaleza de una prestación como asistencia social o como ayuda a la reinserción en el mercado laboral debe ser decidida por la autoridad nacional en base al objeto de la prestación, sus condiciones de acceso y resultados esperados, no en base a su estructura formal.

Veamos cual ha sido la evolución de la doctrina del TJUE. En primer lugar, el TJUE estableció (Caso Mutsch 137/84, Caso Collins 182/02), que el trabajador migrante tiene los mismos derechos sociales y fiscales que el nacional, incluso cuando se encuentra desempleado, extendiendo la igualdad de trato a los demandantes de empleo cuando existe un vínculo genuino con el Estado de búsqueda de empleo.

En el citado caso Collins¹¹, en base precisamente a la existencia o no de un vínculo genuino entre el trabajador y el Estado, el TJUE falla finalmente que una persona que no tiene derecho a residir en el Reino Unido en virtud de la Directiva sobre libertad de circulación puede ver supeditada la concesión de un subsidio para demandantes de empleo, considerado como de prestación no contributiva, a un requisito de residencia habitual, siempre que este requisito se justifique sobre la base de consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas interesadas. Esta línea jurisprudencial ha ido condicionando la determinación de un vínculo suficiente a la existencia de un vínculo laboral previo, restringiendo de ese modo el acceso a la asistencia social, y también a las prestaciones de Seguridad Social no contributivas, a las personas inactivas que todavía no acreditan su inserción en el mercado laboral.

Posteriormente, los Casos Vatsouras 22/08 y Koupatantze 23/08 acotaron el concepto de asistencia social en el sentido de que no incluye las prestaciones dirigidas a la reinserción en el empleo de ciudadanos que ya tuvieron un vínculo con el mercado laboral del Estado de residencia. En consecuencia, para conceder ese tipo de prestaciones, no se podría aplicar el test de residencia previsto en la Directiva

2004/38 con objeto de negar el acceso a la protección por suponer una carga excesiva para las finanzas públicas del Estado miembro durante la estancia del ciudadano.

En lo que podría verse como una restricción al principio de libre circulación, el TJUE afirma en su Sentencia del Caso Brey 140/12, que la Directiva 2004/38 emplea un concepto de asistencia social más amplio que el utilizado por el Reglamento 883/2004 y que determinadas prestaciones no contributivas incluidas dentro del ámbito material del Reglamento 883/2004 tendrían la consideración de asistencia social para la Directiva 2004/38, por lo que, de acuerdo con lo señalado anteriormente, dichas prestaciones no pueden ser exigidas durante la residencia por un periodo inferior a tres meses y, más allá, sólo si se mantiene el derecho a la residencia.

De acuerdo con esta sentencia, el hecho de que un ciudadano inactivo solicite o disfrute de una prestación de asistencia social, podría ser un indicio de que éste no dispone de recursos suficientes para evitar convertirse en una carga para la asistencia social del Estado en cuestión. Y, por tanto, un indicio de que no cumple las condiciones para mantener su derecho a la residencia.

En cualquier caso, estas limitaciones operan solo respecto de los ciudadanos inactivos por lo que, en principio, no podría aplicarse el test de residencia a las personas inscritas como demandantes de empleo cuando se haya ejercido la movilidad para realizar una actividad o responder a una oferta de empleo, con arreglo al artículo 45 del TFUE¹², y por tanto tenga derecho de residencia en el país de acogida mientras busca trabajo en él. Las restricciones en el acceso a prestaciones no contributivas que tengan como objetivo facilitar la incorporación al mercado de trabajo sí afectarían, sin embargo, a los ciudadanos nacionales UE que se desplazan al Estado de acogida para buscar su primer empleo.

De nuevo, el TJUE, en el Caso Dano, C-333/13, en relación a las prestaciones espe-

¹¹ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-138/02>

¹² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016E045&from=ES>

ciales en metálico no contributivas, que, por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presentan características tanto de legislación de seguridad social como de asistencia social, considera que estas prestaciones tratan de garantizar la subsistencia y se financian mediante impuestos, y aun cuando tengan por objeto facilitar la busca de un empleo, están comprendidas en el concepto de «prestaciones de asistencia social» del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38.

En estos casos, el TJUE avala que los Estados supediten el derecho a estas prestaciones a la exigencia de cumplir con los requisitos de la residencia con objeto de determinar si la concesión de la prestación supone una carga excesiva para el Estado¹³.

Por su parte, en el Caso Alimanovic 67/14, el TJUE refuerza esta línea y da un nuevo paso al determinar que una normativa nacional puede excluir de ciertas prestaciones no contributivas de búsqueda de empleo a los nacionales de otros Estados miembros, y ello pese a su condición de demandantes de empleo, aun cuando esas prestaciones se concedan a los nacionales del Estado miembro que se hallan en la misma situación.

La naturaleza de las prestaciones discutidas, como prestaciones de asistencia social, prestaciones no contributivas de Seguridad Social, o como medidas encaminadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo, deja por tanto de ser determinante para aplicar el test de residencia antes de conceder ayudas a personas inactivas sin vínculo laboral suficiente.

Por último, en el Caso 308/14 de la Comisión contra el Reino Unido, el TJUE falló contra el demandante y admite aún más allá que la legislación de un Estado miembro pue-

da aplicar el test de residencia como requisito de acceso a prestaciones de Seguridad Social que no pueden considerarse como de asistencia social, en lo que supone una traslación de la jurisprudencia sobre la Directiva de libre circulación al ámbito de la Seguridad Social.

En la revisión de los Reglamentos de coordinación, que más abajo se tratará en detalle, el debate se centró en codificar en los considerandos las resoluciones del TJUE para aclarar los límites en el acceso a las prestaciones de asistencia social a los ciudadanos inactivos de la UE que se trasladan a otro Estado miembro, recogiendo la doctrina que permite a los Estados miembros exigir el test de residencia legal para la concesión de prestaciones consideradas como de asistencia social.

En una visión claramente crítica con la evolución de la jurisprudencia del TJUE, mantiene la profesora Dolores Carrascosa: *“La Comisión, perdida la batalla ante el Tribunal de Justicia, parece haber asumido la derrota al modular el derecho a la igualdad de trato permitiendo que los Estados nacionales integren el requisito de residencia legal para el reconocimiento de prestaciones a favor de inactivos, en su recientísima propuesta de modificación de los Reglamentos de coordinación [...] La ruptura del derecho a la igualdad de trato entre nacionales de la UE en el acceso a las prestaciones no contributivas y asistenciales, ha roto el espejismo de una ciudadanía comunitaria incipiente y nos devuelve a la lógica contributiva del mercado interior”*¹⁴.

Por último, recordemos que, en el caso de España, “Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España [...] estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social,

¹³ La Comisión Europea encargó informe al grupo de análisis FreSso en relación con la repercusión de estas Sentencias en los Reglamentos de coordinación, informe que se concretó en el Analytical Report 2015 - Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules to clarify its relationship with Directive 2004/38/EC as regards economically inactive persons: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?pager.offset=10&catId=1098&langId=es&moreDocuments=yes>

¹⁴ Dolores CARRASCOSA BERMEJO *Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Revista MEYSS Derecho social Internacional y Comunitario, n.º 127, páginas 195 a 226.

a efectos de las prestaciones no contributivas, todos los españoles residentes en territorio español. También estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones no contributivas, los extranjeros que residan legalmente en territorio español, en los términos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en su caso, en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos internacionales aprobados, suscritos o ratificados al efecto¹⁵.

Tras la transposición de la Directiva 2001/4/38 por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, en redacción cuasi idéntica, la determinación de vínculo suficiente para la consideración de residencia legal estará en función del tiempo de trabajo: si la persona trabajó más de un año mantendrá tal condición de trabajador sin límite temporal, y si tuvo un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o quedó en paro involuntario durante los primeros doce meses de empleo, mantendrá el status de trabajador durante al menos seis meses; pero sin quedar concretado en la legislación española, como cabría esperar, un tiempo determinado de residencia legal más allá de esos primeros meses.

3.2. Los mecanismos de coordinación de las prestaciones por desempleo

La aplicación de los derechos de Seguridad Social requiere de una dimensión europea para la coordinación de los instrumentos dirigidos a facilitar la libre circulación de trabajadores y asegurar una homogénea aplicación del principio de igualdad de trato, lo que no podría ser conseguido únicamente a nivel nacional o local¹⁶.

En el capítulo de las prestaciones por desempleo, quedan configurados los siguientes mecanismos de coordinación: la totalización o agregación de períodos, la exportación de la

prestación y el tratamiento de los trabajadores transfronterizos¹⁷.

En el capítulo seis del Reglamento 883/2004, sobre las prestaciones por desempleo, en su redacción actual, pugnan los principios de territorialidad, *lex loci domicilii*, por el que se aplica la cláusula de residencia, y el principio *lex loci laboris*, según el cual el Estado competente será el de empleo, creándose excepciones a este último en forma de tratamientos específicos para desvincular el pago de las prestaciones del Estado donde se realizó la actividad, como en el caso de los trabajadores transfronterizos.

La nota característica de las prestaciones por desempleo es que no solo se corresponden con unas cotizaciones previas en el Estado de actividad, sino que quedan vinculadas, durante su percepción, a la disponibilidad de los beneficiarios para participar de las políticas activas de empleo dirigidas a la más pronta reinserción en el mercado de trabajo. De ahí que las excepciones al principio *lex loci laboris* resulten limitadas en este sector, como es el caso de la exportación de las prestaciones durante períodos reducidos.

3.2.1. La totalización de períodos

(Artículo 61 del Reglamento (CE) n° 883/2004, artículos 12 y 54, del Reglamento (CE) n° 987/2009, y Decisión H6¹⁸)

¹⁷ Ver el importante y muy detallado informe de 2012 sobre la Coordinación de las Prestaciones por Desempleo, del think tank tress, por los autores Carlos Garcia De CORTAZAR, Essi RENTOLA, Maximilian FUCHS y Saskia KLOSSE http://www.tress-network.org/TRESS/EUROPEAN%20RESOURCES/EUROPEANREPORT/trESS_ThinkTankReport2012.pdf

¹⁸ De conformidad con el artículo 72. a), del Reglamento (CE) n° 883/2004, la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, tiene la responsabilidad de resolver todas las cuestiones administrativas o de interpretación derivadas de las disposiciones de los Reglamentos citados, lo que realiza mediante la adopción de Decisiones y Recomendaciones. Las Decisiones tienen naturaleza vinculante, son directamente aplicables y obligan en todos sus elementos, mientras que las Recomendaciones son actos jurídicos no vinculantes pero que pueden tener efectos jurídicos indirectos cuando sirven de base para la adopción de un acto vinculante. Las Decisiones de la Comisión Administrativa se clasifican en series, como por ejemplo, la "U" (de "unemployment"), sobre el ámbito del desempleo, "H" (de "horizontal") que afecta a dis-

¹⁵ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724&tn=1&tp=20180704#a7>

¹⁶ Ver información en la página web de la Comisión Europea en <http://ec.europa.eu/social/maisn.jsp?catId=738&langId=es&tpubl=6708&furtherPubs=yes>

Este mecanismo principal de todas las prestaciones de Seguridad Social busca neutralizar el perjuicio que para los trabajadores migrantes tendría el acreditar, exclusivamente en el país donde surge la contingencia protegida, el período mínimo que la legislación nacional exige para el acceso a la prestación.

De conformidad con el apartado 1 del artículo 61 del Reglamento nº 883/2004, “La institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro como si se hubieran cubierto bajo la legislación que dicha institución aplica.

No obstante, cuando la legislación aplicable supedita la concesión de determinadas prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro, no se tendrán en cuenta los períodos de empleo o de actividad por cuenta propia cumplidos bajo la legislación de otro Estado miembro, salvo en caso de que dichos períodos se hubieran considerado períodos de seguro de haberse cumplido con arreglo a la legislación aplicable”.

La aplicación de este mecanismo de coordinación estará supeditada a que el interesado haya cumplido en último lugar períodos de seguro, empleo o actividad por cuenta propia, de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado de último trabajo, que totalizará los períodos realizados en otros Estados miembros, y los tomará en consideración como si se hubieran realizado en su Estado.

Los Estados miembros mantienen, una vez aplicado el principio de totalización, la competencia para aplicar sus respectivas regulaciones y determinar la concesión de prestaciones de la seguridad social, siempre y

cuando dichas condiciones se apliquen de manera no discriminatoria.

La totalización debe realizarse siempre que el Estado de empleo acredite la actividad, se trate de períodos de empleo, seguro o de actividad por cuenta propia, ya que el principio de totalización exige que se tengan en cuenta los períodos comunicados por otros Estados miembros, sin cuestionar su valor. Sin embargo, una vez acreditados, cada país aplicará su propia regulación.

A efectos de la aplicación de los Reglamentos de coordinación, la Decisión H6, de 16 de diciembre de 2010¹⁹, establece que entran dentro del concepto de «períodos de seguro» tanto los períodos de cotización como los asimilados como equivalentes a períodos de seguro con arreglo a la legislación nacional.

De acuerdo con la Decisión H6 “El principio de totalización exige que se tengan en cuenta los períodos comunicados por otros Estados Miembros sin cuestionar su valor. Al mismo tiempo, es necesario reconocer el principio de que los Estados miembros son competentes para determinar sus condiciones nacionales para la concesión de las prestaciones de seguridad social, siempre que dichas condiciones se apliquen de forma no discriminatoria, y afirmar que este principio no se ve afectado por el principio de totalización. Un Estado miembro receptor debe, como primer paso, aceptar todos los períodos comunicados como tales para superar los posibles obstáculos a la hora de adquirir un derecho y, a continuación, como segundo paso, determinar si se cumplen condiciones nacionales especiales”.

En virtud de lo anterior, un país como España, que exige períodos de seguro, tendrá en cuenta todos los períodos acreditados como de seguro, pero no se computarán para el acceso a las prestaciones por desempleo aquellos que estén exceptuados por la normativa española, como son los períodos de estudio o los períodos de servicio militar.

tintos ámbitos, o “E”, sobre el intercambio electrónico de datos. Lo mismo sucede con la clasificación de las Recomendaciones. Ver <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=868&langId=es>

¹⁹ Ver https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2011.045.01.0005.01.ENG

Tampoco tendrá en cuenta España los períodos acreditados como de empleo, “salvo en caso de que dichos períodos se hubieran considerado períodos de seguro de haberse cumplido con arreglo a la legislación aplicable”, es decir, salvo que esos períodos de empleo hubieran supuesto cotizaciones por desempleo de haberse realizado en España. Esto último ha sido discutido al permitir que la expectativa de protección pueda ser mayor en el país de último empleo cuando en este se computan períodos de trabajo que no hubieran sido objeto de protección en el país donde se realizaron. Lo anterior se agrava cuando es el propio trabajador quien decide no cotizar por la contingencia de desempleo cuando el régimen es de cobertura voluntaria, sabiendo que un país determinado sí le computará los períodos de trabajo. Este debate ha llevado a la Comisión a proponer la revisión de este artículo, como más abajo se verá.

La redacción según la cual los Estados aplicarán la totalización “en la medida necesaria”, ha generado igualmente un debate sobre si se permite que un Estado no haga uso de la totalización cuando existen cotizaciones suficientes en su propio Estado, pero la práctica actual es que deberán tenerse en cuenta en la medida en que, bien permitan acceder al derecho, bien permitan que mejore sus condiciones de duración y/o cuantía. La Comisión ha respondido a estos planteamientos en el sentido de que la totalización se realizará en los casos no solo en que resulte necesario para acreditar el período mínimo para el acceso a la prestación, sino también en la medida en que pueda afectar a la duración del derecho o su mantenimiento, y ello en consonancia con los argumentos utilizados por el TJUE en el Caso 24/75 Petroni. El llamado principio Petroni supone que el trabajador no puede perder derechos por ejercer su derecho a la libre circulación.

Por otro lado, en la aplicación de este mecanismo, surgieron debates sobre la necesidad de exigir un período mínimo de trabajo antes de poder proceder a la totalización. La redacción actual no incorpora sin embargo como requisito un mínimo de actividad, lo que ha sido cuestionado por algunos países, entre los que se encuentra España, que exigen una vinculación mínima con el Estado de último empleo así como un período suficiente para

el cálculo de la cuantía de la prestación, algo que derivó en la propuesta de modificación que más adelante se verá.

Debe tenerse en cuenta que, sin perjuicio de la norma reguladora de cada Estado miembro sobre la determinación de la cuantía de la prestación, en los supuestos de totalización, la base reguladora que se tomará en consideración será únicamente la del trabajo realizado en último lugar. Esto ha sido objeto de amplio debate, por ejemplo, cuando el salario en el Estado de anterior actividad es relativamente inferior al del Estado de última actividad, donde se ha podido trabajar apenas unos días. Como consecuencia de la aplicación de esta disposición, el trabajador se ve beneficiado por encima de lo que la norma nacional establece en su propia legislación, y por otro lado, el Estado competente debe asumir costes más altos de prestaciones, recordemos, sin suficientes contribuciones previas al sistema. Sin embargo, la Comisión no ha visto la procedencia de modificar este sistema de cálculo en la propuesta de revisión de los Reglamentos.

Igualmente ha sido objeto de consideración que en el caso de la totalización, los Reglamentos no prevén el reembolso de la prestación por parte de los países de anterior empleo, lo que puede generar un importante desequilibrio financiero cuando es el país de último empleo quien carga con toda la prestación sin que, en ocasiones, haya habido un mínimo período de vinculación laboral por parte del trabajador. Otras razones para el debate que ha sido expuesta ha sido la presunción de fraude en la realización de actividades de muy corta duración para el acceso a prestaciones totalizando los períodos de otros países.

Por último, indicar que, por aplicación del Reglamento (UE) n° 1231/2010, los nacionales de terceros países, cualquiera que sea su nacionalidad, que hayan trabajado en los países de la UE y que, con posterioridad, residan y trabajen legalmente en España, también podrán acumular a los períodos de ocupación cotizada por desempleo cubiertos en España, necesariamente en último lugar, los períodos de seguro o empleo cubiertos como trabajadores por cuenta ajena en cualquier otro Estado de la UE, siempre que tengan derecho a residir y a trabajar legalmente en España y pue-

dan inscribirse como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo.

3.2.2. *La exportación de las prestaciones por desempleo*

(Artículos 64 del Reglamento (CE) 883/2004 y 55 del Reglamento (CE) 987/2009)

La exportación de las prestaciones por desempleo es el mecanismo por el cual un Estado concede al desempleado beneficiario de la prestación la facultad de sustraerse durante un período determinado a la obligación que impone su legislación de estar a disposición de sus servicios de empleo, con la finalidad de ir a buscar trabajo a otro Estado miembro.

Así, el Estado competente, es decir, el que reconoció la prestación, autoriza la exportación a cualquier otro Estado miembro para la búsqueda de empleo, un concepto que incluye la mejora de la formación, por un período de 3 meses. Asimismo, el Estado podrá prorrogar el período por otros 3 meses. El período autorizado tendrá siempre como límite la duración del derecho reconocido.

Durante el período autorizado, se conservan las prestaciones por desempleo, que continúan a cargo del Estado competente mientras la persona beneficiaria busca empleo en el otro Estado, lo que implica una supresión limitada de las cláusulas de residencia.

Las condiciones de la exportación son haber permanecido inscrito un mínimo de 4 semanas en los servicios públicos de empleo del Estado competente, solicitar la autorización antes de migrar a otro Estado, e inscribirse en éste último en el espacio de 7 días, lo que resulta en no pocas ocasiones un trámite difícil de cumplir. La persona beneficiaria se pondrá a disposición de los servicios públicos de empleo del Estado de acogida, bajo los procedimientos de seguimiento de la legislación de este último.

Este mecanismo no está exento de dificultades prácticas, como son las derivadas del inicio de una actividad, a tiempo parcial o no, por períodos de corta duración, que dificultan la acreditación del inicio y fin de actividad en el Estado de residencia, a fin de que el Estado de empleo competente suspenda, compatibilice, en su caso,

la prestación y posteriormente pueda reanudar el período autorizado de exportación.

Respecto a la posibilidad de autorizar el desplazamiento antes de cumplir el período de cuatro semanas se estará a lo dispuesto en la Recomendación U2, aprobada el 12-6-2009²⁰, para los trabajadores que, cumpliendo todos los requisitos establecidos para el traslado, acompañen a su cónyuge, o pareja de hecho, que haya aceptado un empleo en un Estado miembro distinto del Estado competente, a los que se les podrá autorizar el traslado antes de que transcurran las cuatro semanas iniciales.

Al cabo del período autorizado, si el trabajador no ha regresado al Estado de origen, la prestación quedaría extinguida, salvo que la legislación del Estado competente fuera más favorable.

En el caso de España, la prestación exportada quedaría suspendida tras el transcurso del período autorizado, pudiéndose reanudar siempre y cuando el retorno del trabajador se produzca dentro del año computado desde la fecha de salida del territorio nacional, y ello en aplicación de la normativa nacional (art. 271.1.f) de la Ley General de la Seguridad Social²¹).

En cuanto a la prolongación del período autorizado, por parte de España, la ampliación de la exportación se concede en función de los motivos alegados por la persona interesada, que deberán estar relacionados con la expectativa de empleo en el país de desplazamiento, y avalados, en su caso, con la documentación que lo acredite. Por ejemplo, se podrá autorizar la prórroga cuando se presente un documento que acredite hallarse en un proceso de selección para obtener una oferta de empleo, pero no se entenderá como expectativa de empleo el mero mantenimiento de la inscripción como demandante de empleo en el servicio de empleo del Estado de residencia.

Sin embargo, otros Estados son contrarios a extender la exportación, y rechazan hacerlo

²⁰ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010H0424\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010H0424(03)&from=EN)

²¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724&tn=1&tp=20180704#a271>

incluso por principio con carácter general, lo que llevó a una demanda que se resolvió por STJUE del Caso 551/16 *Klein Schiphorst*²², en relación con una cuestión prejudicial planteada por los Países Bajos.

La Sentencia recoge en sus fundamentos que, del uso que el artículo 64.1.c), del Reglamento n° 883/2004 hace del término «podrá», se desprende que esta disposición no obliga a las instituciones competentes a extender hasta un máximo de seis meses el período de exportación, y establece que los Estados miembros tienen libertad no solo para conceder la prolongación sino también para determinar el período por el que se concede, de lo que se deriva que la exportación puede extenderse en la medida que cada Estado considere en cada caso, recogiendo asimismo la Sentencia que, como observó el Abogado General en sus conclusiones, “la citada disposición permite a las instituciones competentes ampliar, en «casos excepcionales», el período de tres meses durante el que el interesado tiene derecho a las prestaciones para evitar que la pérdida de todo derecho a prestaciones en caso de regreso tardío al expirar el mencionado período dé lugar a resultados desproporcionados”.

Recuerda el TJUE que el citado Reglamento “no instituye un régimen común de seguridad social, sino que deja subsistir regímenes nacionales distintos y su único objetivo es articular la coordinación entre estos últimos a fin de garantizar el ejercicio efectivo de la libre circulación de personas. De este modo, el referido Reglamento permite que subsistan diferentes regímenes que generan créditos diversos frente a instituciones diversas, con respecto a las cuales el beneficiario posee derechos directos en virtud, ya sea únicamente del Derecho interno, ya del Derecho interno completado por el Derecho de la Unión si ello resulta necesario (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de septiembre de 2013, Brey, C-140/12, EU:C:2013:565, apartado 43, y de 14 de junio de 2016, Comisión/Reino Unido, C-308/14, EU:C:2016:436, apartado 67)”.

En la base de la negativa de ciertos Estados a extender el período autorizado de exportación, además de las diferencias en los respectivos mercados de trabajo y las por tanto diferentes posibilidades de reinserción, el aspecto más controvertido radica en las dudas sobre el control que los países deben realizar durante la estancia del trabajador con la prestación exportada de otro país, lo que exige un compromiso por parte de los servicios públicos de empleo correspondientes, que deben acreditar las actuaciones realizadas en el país de acogida durante la exportación.

La institución competente, es decir, aquella que reconoció la prestación y autorizó la exportación, puede solicitar un seguimiento mensual a la institución del país de destino, en cuyo caso esta deberá confirmar, a través formularios estandarizados, si el demandante de empleo sigue cumpliendo los requisitos de disponibilidad para el empleo y no realiza actividades incompatibles. Si se produce un hecho que pudiera afectar a la prestación por desempleo, la institución del país de destino deberá informar de inmediato a la institución competente.

A. Especial referencia a la exportación de derechos por los ciudadanos de terceros países

La entrada en vigor del Reglamento (UE) n° 1231/2010, amplió la aplicación de los Reglamentos (CE) n° 883/2004 y (CE) n° 987/2009 a los nacionales de terceros países a partir del 1 de enero de 2011, pero no es aplicado por Reino Unido (que sigue aplicando los antiguos Reglamentos (CEE) n° 1408/71 y (CEE) n° 574/72), y tampoco resulta de aplicación en las relaciones con Dinamarca, Suiza, Islandia, Noruega y Liechtenstein, (que no se adhirieron a las relaciones con ciudadanos de terceros países con los antiguos Reglamentos).

Por tanto, si el nacional de un tercer estado percibe prestaciones en España y solicita la autorización para exportar esas prestaciones a un Estado miembro de la UE, no se le concederá esa autorización hasta que se acredite que va a poder inscribirse como demandante de empleo en los servicios públicos de empleo y a ejercer legalmente un empleo en ese Estado.

²² <https://eur-lex.europa.eu/search.html?lang=en&text=C-551%2F16&tid=1537617501847&type=quick&scope=EURLEX&locale=es>

3.2.3. Trabajadores fronterizos y transfronterizos

(Artículos 65 del Reglamento (CE) 883/2004 y 56 del Reglamento (CE) 987/2009)

En el caso de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos o transfronterizos desempleados a tiempo total se rompe el principio de *lex loci laboris*, ya que el reconocimiento de prestaciones lo realiza el Estado miembro de residencia computando los períodos de trabajo o empleo realizados y cotizados en el Estado miembro de última actividad como si se hubieran realizado en su propio Estado, permitiendo el reembolso de parte del coste de estas prestaciones por parte del Estado de último empleo.

El Estado de residencia totalizará todos los períodos de trabajo o empleo realizados y cotizados en otros Estados miembros

De conformidad con el Reglamento 883/2004, se considera trabajador fronterizo al trabajador que ejerce su trabajo en un Estado y reside en otro al que regresa, normalmente a diario o, al menos una vez por semana. No establecen los Reglamentos una distancia mínima entre el lugar de residencia y la frontera, por lo que no deja de ser una realidad algo subjetiva, como sería el caso de una persona con vínculos de residencia en Almería que trabaja en París, existiendo una distancia mayor que entre ciudades de países no fronterizos, como, por ejemplo, Países Bajos y Luxemburgo.

Existe asimismo otra categoría, la del trabajador no fronterizo, que se define como la persona que mantiene sus lazos de residencia en un Estado miembro distinto del Estado de empleo entre los cuales no se comparte frontera.

En ocasiones, estas figuras resultan difíciles de determinar, ya que no se puede pretender exigir al trabajador que acredite la periodicidad del regreso cuando no existen fronteras que registren el flujo de entrada y salida del territorio.

Para acotar esa definición en lo que respecta al mantenimiento de los vínculos de re-

sidencia, hay que acudir a la Decisión U2²³ y al artículo 11 del Reglamento 987/2009.

Estaríamos hablando, por ejemplo, del trabajador que realiza su actividad en Alemania pero mantiene su vínculo de residencia en España, lo que resulta en un criterio muy amplio e igualmente controvertido en su aplicación. La subjetividad de los factores en juego está en la base de la propuesta de modificación de este tratamiento, como se verá en el apartado más abajo correspondiente a la revisión de los Reglamentos.

Abstrayendo estas dificultades, en ambos casos de trabajadores fronterizos y transfronterizos, se produce la mencionada excepción al principio general *lex loci laboris*, es decir, a estos trabajadores no les es de aplicación la legislación de Seguridad Social del Estado en el que han realizado la última actividad, sino que se aplica el derecho del Estado donde residen habitualmente durante la actividad laboral.

Es decir, para acceder a las prestaciones por desempleo, no se precisa realizar cotizaciones en último lugar en el país de residencia lo que supone aplicar un instrumento más favorable que al resto de trabajadores.

Lo anterior será de aplicación siempre que se trate de desempleo total, no parcial por interrupción de actividad. Para los trabajadores en situación de desempleo parcial o intermitente, el legislador comunitario se ha ajustado al principio de *lex loci laboris*. La Decisión U3, de 12 de junio de 2009²⁴, determina que “la naturaleza del desempleo (parcial o total) dependerá de la existencia o del mantenimiento del vínculo contractual laboral entre las partes, y no de la duración de una suspensión temporal de la actividad del trabajador. Una persona que siga empleada por una empresa en un Estado miembro distinto del de residencia, pero cuya actividad haya quedado en suspenso aunque con la posibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo en

²³ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=868&langId=es>

²⁴ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010D0424\(13\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010D0424(13)&from=EN)

cualquier momento, se considerará en situación de desempleo parcial, y las prestaciones correspondientes serán abonadas y sufragadas por la institución competente del Estado miembro de empleo”.

Para alcanzar un equilibrio financiero más justo entre los Estados miembros en el caso de los desempleados que residan en un Estado miembro distinto del Estado de empleo, el Reglamento 883/2004, en su artículo 65, introduce un mecanismo de compensación, mediante el reembolso de tres meses de prestación a cargo del Estado de último empleo; este período será de cinco meses cuando el interesado haya completado, en los 24 meses anteriores, períodos de actividad por cuenta ajena o propia por un total de al menos 12 meses en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar.

Los reembolsos deben compensar la carga financiera adicional para el Estado miembro de residencia, que otorga prestaciones por desempleo sin haber recibido cotización alguna de las personas en cuestión durante su último período de actividad en otro Estado miembro.

La aplicación de este tratamiento de los trabajadores transfronterizos no está exenta de polémica, especialmente en lo que concierne al concepto de residencia, que no coincide necesariamente con el criterio fiscal de residencia. Para ello, el artículo 11 del Reglamento (CE) nº 987/2009 establece los criterios a evaluar para determinar la residencia en función del centro de interés del trabajador, para lo que deberá tenerse en cuenta: la duración y continuidad de su presencia en el territorio; la situación personal del interesado; la naturaleza y condiciones específicas de la actividad ejercida; la estabilidad de la actividad y la duración de cualquier contrato de trabajo; la situación familiar y los lazos familiares; el alojamiento; o la residencia fiscal, entre otras circunstancias.

La carga de la prueba de la condición de transfronterizo correspondería al trabajador, y una vez así considerado por el país de residencia, el país de empleo no podrá cuestionar la activación del procedimiento de reembolso,

que seguirá las normas establecidas en el artículo 70 del Reglamento de aplicación²⁵.

Un importante matiz es que los importes reembolsados pueden no ser proporcionales a los periodos cubiertos en el Estado de última actividad, bastando que se den las condiciones generales para que este Estado se haga cargo del reembolso, y ello aunque no haya recibido cotizaciones que compensen el gasto.

Por otro lado, la Decisión U2, de 12 de junio de 2009²⁶, indica que, en lo que refiere al derecho a las prestaciones de desempleo de las personas que no sean trabajadores fronterizos, residentes en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado miembro de última actividad, será “necesario examinar caso por caso para determinar en qué Estado tienen su lugar de residencia”, y ello en función de ciertas categorías, por ejemplo, personas que realizan la actividad por cuenta ajena o propia a bordo de un buque en el mar, o personas que realizan actividades en dos o más Estados miembros, lo que deja en extremo abierta la determinación de la residencia.

La Decisión se manifiesta no obstante contraria a una “interpretación demasiado amplia de la noción de «residencia»”, puesto que en el caso de trabajadores no fronterizos, la aplicación general de este mecanismo dejaría de ser resultar una excepción, haciendo innecesaria la regla general de tener que trabajar en último lugar en el país de residencia para poder ejercer el derecho a totalizar los períodos trabajados en otros Estados miembros.

Para complicar las cosas, el Reglamento ofrece a los trabajadores no fronterizos la posibilidad, primero, de obtener la prestación en el Estado de empleo, segundo, exportar la prestación al Estado de residencia y, tercero, solicitar en este último las prestaciones como trabajador transfronterizo. Curiosamente, de estas prestaciones se descontarán únicamente los períodos exportados, indicándose no en el Reglamento pero sí en la Decisión U4

²⁵ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2009R0987:20130108:ES:HTML>

²⁶ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010D0424\(12\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010D0424(12)&from=EN)

mencionada más abajo, que el descuento no alcanza al resto de períodos ya percibidos en el Estado de empleo.

En cualquier caso, resultaría debatible las condiciones del reconocimiento de un nuevo derecho en el Estado de residencia, ya que el artículo 10 del Reglamento (CE) nº 883/2004, que contempla la no acumulación de prestaciones, establece que el mecanismo de coordinación “no podrá conferir ni mantener el derecho a disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio”. Siguiendo este principio, el país de residencia no podrá volver a computar los períodos de cotización ya tenidos en cuenta en el país de empleo. En el caso de España, esta regla se aplica con carácter general, por lo que no genera conflicto de trato discriminatorio, ya que el artículo 269 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, establece que para la determinación del período de ocupación cotizada, “se tendrán en cuenta todas las cotizaciones que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior, tanto de nivel contributivo como asistencial”. Ahora bien, esta solución sería cuestionable si al mismo tiempo que no se computan los períodos de actividad ya tenidos en cuenta para un reconocimiento anterior, se procediera a descontar períodos ya percibidos en el Estado de empleo.

Un aspecto igualmente espinoso resulta la cuantificación de la prestación a reembolsar. Establece el Reglamento que “El importe del reembolso durante este período no podrá superar el importe que se haya de pagar, en caso de desempleo, con arreglo a la legislación del Estado miembro competente”. Es decir, como sucede en el caso de España con el Reino Unido, la peor calidad de la prestación en este último país hace que el reembolso que reconoce dicho Estado sea muy inferior al gasto de la prestación reconocida en España, produciéndose un importante desequilibrio financiero. Lo mismo sucede cuando es España quien reembolsa a Estados con prestaciones más elevadas.

Y en las pautas de actuación del reembolso, entra igualmente en juego la Decisión U4,

de 1 de abril de 2012²⁷, que trata de establecer los principios generales para el reembolso, entre los que se recoge el siguiente: “No podrá rechazarse una solicitud de reembolso por el hecho de que la persona en cuestión no hubiera tenido derecho a prestaciones de desempleo con arreglo a la legislación nacional del Estado deudor”, principio no siempre cumplido con rigor, como es el caso del Reino Unido.

No se puede evitar llegar a la conclusión de que este tratamiento de los trabajadores transfronterizos beneficia al país de empleo, que ha recibido la cotización del trabajador, mientras que es el país de residencia quien cubre los gastos de la prestación por desempleo, sin que el reembolso suponga más que una pequeña parte del gasto total, y ello agravado si se tienen en cuenta los elevados gastos administrativos que conlleva este mecanismo.

Tanto es así, que la STJUE C-443/11²⁸ respalda que “el Estado miembro del último empleo se niegue, con arreglo a su Derecho nacional, a abonar subsidios de desempleo a un trabajador fronterizo en situación de desempleo total que dispone en ese Estado miembro de mejores oportunidades de reinsertión profesional”, y ello aun cuando se “han conservado vínculos personales y profesionales particularmente estrechos en el Estado miembro de su último empleo”. Paradójicamente, se causa un perjuicio al trabajador que no puede acceder a la prestación por desempleo del país de empleo, aun cuando esta resultara de mejor condición, ya que la Sentencia establece que el “artículo 65 (del Reglamento nº 883/2004) debe entenderse en el sentido de que permite que ese trabajador se ponga, con carácter complementario, a disposición de los servicios de empleo de dicho Estado, no para obtener en él subsidios de desempleo, sino únicamente a efectos de disfrutar allí de servicios de reciclaje profesional”.

²⁷ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012D0225\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012D0225(01)&from=EN)

²⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1537714629796&uri=CELEX:62011CJ0443>

A. Especial referencia a la protección de los trabajadores por cuenta propia

El tratamiento de los trabajadores fronterizos o transfronterizos reúne alguna especificidad. El artículo 65 bis introduce una excepción del Reglamento (CE) nº 883/2004, de acuerdo con la cual, una persona desempleada a tiempo total que, como trabajador fronterizo, ha completado más recientemente los períodos de seguro por cuenta propia en un sistema con seguro de desempleo, deberá inscribirse y recibir los beneficios de la institución del país en el que mantuvo su última actividad como trabajador por cuenta propia, en los casos en que el Estado miembro de residencia haya presentado una notificación de que ninguna de las categorías de trabajadores por cuenta propia están cubiertos por un sistema de prestaciones por desempleo en dicho Estado miembro. Lo anterior sin perjuicio de que el trabajador solicite la autorización por el Estado de actividad de la exportación del derecho al Estado de residencia, que podrá prolongarse hasta el final del período con derecho a prestaciones cuando el trabajador no desee quedar disponible en los servicios de empleo del Estado de última actividad sino buscar empleo en el Estado de residencia.

La disposición que introdujo este tratamiento derivado de los trabajos por cuenta propia entró en vigor el 28 de junio de 2012.

Los Estados miembros que han presentado declaración a la Comisión Europea de no tener protección para ninguna categoría de trabajadores autónomos son Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Estonia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Francia, Islandia, Italia, Noruega, Malta, Países Bajos, Reino Unido y Suiza (datos según Comisión Administrativa nº 338/2004).

En cuanto a la aplicación de este tratamiento en España, debe tenerse en cuenta que existen dos sistemas de protección social por la pérdida involuntaria del trabajo: la protección por desempleo que protege a los trabajadores por cuenta ajena, regulada en el Título III del TRLGSS²⁹ y la protección por cese de

actividad que protege a los trabajadores autónomos, regulada en el Título V³⁰ de la misma y desarrollada por el RD 1541/2011, de 31 de octubre y supletoriamente por las normas que regulan el Régimen Especial de la Seguridad Social de encuadramiento.

La protección por cese de actividad, que forma parte por tanto de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social, es de carácter voluntario y tiene como objeto proteger a las personas trabajadoras autónomas, afiliadas a la Seguridad Social y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, quedando incluidas las personas trabajadoras del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

Como se ha dicho, la normativa de la UE en materia de Seguridad Social parte del principio de que los Estados miembros son competentes para determinar sus condiciones nacionales para la concesión de las prestaciones por desempleo, siempre que dichas condiciones se apliquen de forma no discriminatoria (desarrollado por Decisión H6³¹), y de que todos los períodos de seguro con arreglo a la legislación nacional entren dentro del concepto de “períodos de seguro a efectos de aplicar los Reglamentos (CE) nº 883/2004 y (CE) nº 987/2009”.

En relación con lo anterior, aplicando la legislación española a las personas que trabajan en España en último lugar, mientras que para acceder a las prestaciones por desempleo se requiere un período previo de 360 días de ocupación cotizada por desempleo como trabajador por cuenta ajena en los seis últimos años, para acceder a las prestaciones por cese de actividad se requiere un período previo de trabajo autónomo con cotización por dicha contingencia, por un mínimo de 12 meses de forma ininterrumpida.

Es importante tener en cuenta que, en la legislación española, no se prevé el cómputo

²⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724&tp=20180704&ttn=1#tiii>

³⁰ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724&tp=20180704&ttn=1#tv>

³¹ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=868&langId=es>

recíproco de los períodos de seguro cotizados por desempleo durante el trabajo por cuenta ajena y los períodos de seguro cotizados por cese de actividad durante el trabajo por cuenta propia efectuados en España, y cada período de seguro sólo permite acceder bien a la prestación por desempleo, si el trabajador está en situación legal de desempleo por la pérdida de un trabajo por cuenta ajena en el que se cotizó por desempleo, bien a la prestación por cese de actividad por cuenta propia, por la pérdida de un trabajo por cuenta propia en el que se cotizó por cese de actividad.

Por último, el artículo 61 del Reglamento (CE) nº 883/2004, establece que se aplicará el principio de totalización teniendo en cuenta el tipo de períodos que el interesado haya cumplido en el último lugar: períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia.

En consecuencia, a efectos del derecho a la prestación por desempleo, si según la legislación española para acceder a las prestaciones por desempleo no se pueden computar períodos de seguro durante la actividad por cuenta propia en España, tampoco se deben computar los períodos de seguro realizados durante la actividad por cuenta propia en otros países de la UE, y por ello, se deberá aplicar el artículo 61 del Reglamento (CE) nº 883/2004, en la forma siguiente:

- a) Si el último período que se trabajó en España fue por cuenta ajena y durante ese período se cotizó por desempleo, se podrán totalizar los períodos de seguro, o equivalentes, trabajados por cuenta ajena en los países de la UE, pero no los períodos de seguro en una actividad por cuenta propia, períodos que vienen reflejados de forma diferenciada en los epígrafes de: “asegurados como empleado” o “asegurado como autónomo” en el Documento Portátil U1 o en el punto 3 del SED U002.
- b) Si el último período que se trabajó en España fue por cuenta propia y durante ese período se cotizó por cese de actividad, se aplicará la Instrucción trigésimo cuarta de las Instrucciones de 19 de diciembre de 2011, dictadas para la aplicación por el SEPE de la protección por cese de actividad que permiten totalizar los períodos de seguro como

autónomo en los países de la UE durante los trabajos por cuenta propia pero no los períodos de seguro en trabajos por cuenta ajena.

De esa forma los trabajadores migrantes en España podrán tener acceso o a la prestación por desempleo, o a la prestación por cese de actividad, en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales.

En aplicación de la Decisión H6 se totalizarán todos los períodos de seguro acreditados en otros Estados miembros (primer paso) y, una vez efectuada la totalización, se analizará si se cumplen los requisitos establecidos en la legislación nacional (cotización como trabajador por cuenta propia o cotización como trabajador por cuenta ajena, acreditación de la situación legal de desempleo, duración de los períodos de seguro, etc.) a efectos del reconocimiento del derecho (segundo paso).

Como principal problema práctico para la gestión de los distintos mecanismos de coordinación, en relación con los trabajadores por cuenta propia que durante su última actividad residieron en España, dado que no ha habido un previo aseguramiento a uno u otro sistema (INSS o Mutuas de ATEP), parece que corresponde designar como institución competente al Servicio Público de Empleo Estatal para el reconocimiento de la prestación del cese de actividad y la reclamación del reembolso.

Un ejemplo esquemático de la aplicación de los mecanismos de coordinación en relación con la regulación nacional en España

Un trabajador español, o de cualquier otra nacionalidad que resida legalmente en España, tras cesar en el trabajo en un país UE/EEE/Suiza, podría:

- Solicitar la prestación en el país de empleo o actividad y, tras cuatro semanas mínimas inscrito en los servicios públicos de empleo de dicho país, exportar a España la prestación por tres meses, pudiendo el país autorizar una nueva prórroga hasta seis meses (sólo algunos países autorizan dicha prórroga). Finalizado el período autorizado de exportación, el trabajador solo podría seguir percibiendo sus prestaciones si retorna al país de empleo. Durante el

período de exportación, es el país de empleo quien abona las prestaciones al trabajador, mientras que es el país de acogida quien realiza la inscripción como demandante y lleva a cabo el seguimiento y control durante dicho período. Si el trabajador es fronterizo, no dispondría de esta opción.

- Retornar a España, trabajar en este país en último lugar y solicitar las prestaciones en España, donde se totalizarán los períodos de seguro de países donde se aplican las normas de coordinación. En este caso, la prestación la concede el Estado español, sin que quepa ser reembolsada por el país o países de anterior trabajo.
- Retornar a España, no trabajar en este país en último lugar y requerir que se tengan en cuenta los períodos de seguro de otros países como si hubieran sido realizados en España, acreditando la condición de trabajador transfronterizo. En este caso, la prestación la concede el Estado español, siendo en parte reembolsada por el país de trabajo.
- Retornar a España, no trabajar en este país en último lugar y requerir que se tengan en cuenta los períodos de trabajo realizados en España antes de la salida a otro país (esta opción no surge de la coordinación UE sino que se trata de legislación española aplicable para cualquier trabajador emigrante a un país UE o extracomunitario, art. 267.1.e) Ley General de la Seguridad Social³²).

Téngase en cuenta que en España se exigen períodos de seguro, es decir, de cotización por desempleo, no siendo suficiente que sean de empleo, al existir categorías no protegidas por esta contingencia, como son las de personas al servicio del hogar familiar o los estudiantes.

B. Datos estadísticos de aplicación de los mecanismos de coordinación

De acuerdo con los datos ofrecidos por la Comisión Europea en su propuesta de revisión de los reglamentos, había alrededor de

25.000 casos de totalización y unas 27.300 personas en la UE que exportan sus prestaciones de desempleo a otro Estado miembro, así como un número estimado de 91.700 trabajadores transfronterizos desempleados por año, 53.500 de los cuales son trabajadores fronterizos.

Antes de seguir con las cifras, debe aclararse que la fiabilidad del dato depende de lo que cada Estado miembro facilita a la Comisión Europea, no existiendo todavía una base de datos que permita extraer esta información, lo que será subsanado a partir de 2019 cuando se ponga en producción el proyecto EESSI («*Electronic Exchange for Social Security Information*»), para la transmisión telemática de los datos mediante los Documentos Electrónicos Estructurados (SED).

A continuación se detallan los últimos datos comunicados por los Estados miembros y presentados por la Comisión Administrativa.

Casos de totalización

Según los últimos datos publicados en 2017 sobre la actuación en el año 2016, los análisis estadísticos arrojan una cifra de 38.831 casos de totalización de períodos trabajados en otros Estados miembros, lo que apenas supone un 0,2% en relación con la tasa de desempleo, y un escaso 4% en relación con el flujo migratorio de trabajadores³³.

Se ha podido comprobar que un porcentaje elevado de casos (38% de casos) corresponde a trabajadores de los Estados miembros de último ingreso (EU-13) que totalizan períodos trabajados en los Estados miembros de anterior ingreso (el 81% de períodos totalizados proceden de EU-15). Es admisible concluir que se trata del retorno de los trabajadores a sus países de origen, donde trabajan en último lugar para poder totalizar los períodos realizados en otros Estados miembros. Esta práctica conlleva en la realidad un importante desequilibrio financiero, puesto que no incor-

³² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724&ftn=1&tp=20180704#a267>

³³ Los estudios estadísticos en materia de coordinación de Seguridad Social se publican en la página de la Comisión Europea: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1154&langId=en>

pora ningún sistema de reembolso pese a que el Estado de empleo recibe las cotizaciones sin gastar en desempleo. Téngase en cuenta que los Reglamentos no exigen un período mínimo de cotización en el país de último empleo.

Descendiendo a nivel de países, se observa que el Reino Unido es el principal Estado miembro donde los trabajadores migrantes realizan su actividad, con un total de 8,150 períodos totalizados para acceder a prestaciones de desempleo principalmente en Bulgaria, España, Letonia, Lituania, Malta y Rumanía.

En el caso de España, se han realizado 950 períodos de actividad que han sido totalizados por otros Estados, mientras que, en sentido inverso, para el reconocimiento de prestaciones en España, se han totalizado 3.538 períodos trabajados en otros Estados, 1.593 de ellos solo del Reino Unido, y el resto de Francia (706) y Alemania (478), a los que le siguen República Checa (124), Portugal (115) y otros.

El desequilibrio financiero es especialmente gravoso para España, donde el 44,8% de los trabajadores trabaja en último lugar menos de un mes para acceder a las prestaciones por desempleo en nuestro territorio, en contraposición a una media de 20,7% de los casos en la UE/EEE, por lo que las cotizaciones en España son mínimas para afrontar el gasto que supone las 3.538 prestaciones que se han beneficiado de este mecanismo.

Casos de exportación

En lo que respecta a la exportación de derechos, en el año 2016 se produjeron 27.705 autorizaciones de desplazamiento a otros Estados para la búsqueda de empleo. Principalmente, desde Alemania (5.688), Holanda (5.049), España (2.671) y Suiza (2.616).

En sentido inverso, como países a los que va dirigida la exportación, Polonia (7.788) y Reino Unido (2.489) recibieron la mayor parte de los demandantes de empleo. España recibió 1.840 prestaciones exportadas.

Hay que incidir en que las cifras totales son muy reducidas en comparación con el número de desempleados, apenas un 2 por mil.

En términos relativos, España autorizó la exportación de un 0,06% de prestaciones sobre personas desempleadas, cuando los países nórdicos llegan a cotas del 6% (Islandia), o de 1,39 (Noruega), lo que puede dar una idea del menor o mayor grado de flujos migratorios entre Estados miembros, algo que la Comisión achaca igualmente al posible desconocimiento de estos mecanismos por parte de los trabajadores.

El espíritu de los Reglamentos de coordinación parece sugerir que la exportación se debe producir de los países de menor empleo a los de mayor oportunidad, pero, esto no se desprende siempre con claridad de los datos estadísticos, existiendo otros factores sin duda como sería la voluntad del trabajador de retornar al país de origen durante los períodos de inactividad, presuntamente derivados de la temporalidad de los trabajos estacionales. Al fin y al cabo, la búsqueda de empleo se demuestra simplemente con la inscripción como demandante de empleo, y luego depende de cada servicio público de empleo exigir un mayor o menor compromiso con el objetivo último de la exportación.

Estos otros factores, como se verá en el apartado de la revisión de los Reglamentos, son los que han dificultado el acuerdo para ampliar el período mínimo de exportación a 6 meses, y ello pese al consenso sobre la consecución de un equilibrio al recogerse que el Estado de destino deberá reforzar los mecanismos de control de las acciones de búsqueda de empleo para facilitar la reintegración laboral.

De hecho, un 50% de los Estados miembros no concedió ninguna prórroga del período exportado, mientras que el otro 50% restante prorrogó un 11% de casos.

La tasa de éxito de la exportación, es decir, la obtención de un empleo durante el período de exportación, es de un 10%, que se eleva al 14% en el caso de períodos de exportación prolongados a 6 meses. Las tasas de éxito más altas se observan para las personas desempleadas procedentes de Hungría, Letonia y Finlandia (entre un 30% y un 45%). Como caso paradójico, solo un 0,5% de los desempleados que recibieron autorización de exportar la prestación por parte de los Países Bajos encontró trabajo en el extranjero, porcentaje notablemente bajo

precisamente en el Estado miembro emisor en términos absolutos. Las autorizaciones concedidas por España tuvieron un porcentaje de éxito en la media de la UE, un 13%.

Por poner otro ejemplo, se comprueba que Dinamarca no concedió ninguna prórroga de 3 a 6 meses de la exportación, pero tuvo un “elevado” éxito en la colocación durante los 3 meses que autoriza (un 17%).

Desde el punto de vista de la recepción, encontramos tasas altas de éxito en los trabajadores que se trasladaron a Islandia (73,2%); aquellos que exportaron la prestación a Luxemburgo, Malta y Suiza encontraron trabajo en tasas igualmente elevadas, superiores al 30%. Esta realidad contrasta con Rumania (2%) y Polonia (3,9%), que muestran una tasa de éxito muy baja al recibir desempleados. La baja tasa de éxito es notable, especialmente en Polonia, ya que este país es el principal país receptor en términos absolutos.

España tuvo una tasa de éxito como país emisor de un 12,7%, y de un 13% como país receptor, ambas cifras en la media del resto de Estados miembros.

La tasa de trabajadores que retorna al país que autoriza la exportación del derecho es apenas del 13%, siendo incluso menor, de un 8,3%, en el caso de España.

3.3. Propuesta Comisión Europea de reforma de los Reglamentos de Coordinación en el sector del desempleo

Tras un profundo análisis de impacto, evaluación del sistema actual e informes de las partes interesadas³⁴, la Comisión propu-

so en diciembre de 2016³⁵ una revisión de los reglamentos de coordinación para garantizar que las normas de coordinación respondan a la evolución social, económica y política de los Estados miembros, y al mismo tiempo vayan en la línea que la jurisprudencia del TJUE va marcando en respuesta a las distintas cuestiones prejudiciales.

La iniciativa de revisión de los Reglamentos es parte del Paquete de Movilidad Laboral y complementa las líneas estratégicas de la Comisión Europea³⁶ en las prioridades sobre emprendimiento y creación de empleo, así como en el impulso al mercado interior.

El objetivo de la reforma de los sistemas de Seguridad Social es su modernización para facilitar el ejercicio de la libre circulación, lo que requiere dotarlo de mayor claridad, transparencia y facilidad de aplicación; para potenciar la correlación entre la recaudación de cotizaciones sociales y la responsabilidad en el abono de las prestaciones de seguridad social; y para promover la eficiencia de las normas en términos de coste, cargas administrativas y riesgo de fraude o error administrativo.

Los cuatro principales aspectos de la reforma son:

1. Acceso a las prestaciones sociales de los ciudadanos económicamente inactivos que se desplazan dentro de la UE.
2. Prestaciones de cuidados de larga duración (prestaciones de dependencia).
3. La exportación de las prestaciones familiares.
4. Prestaciones de desempleo.

Las siguientes reflexiones atenderán en concreto a las causas que motivan la propuesta y las consecuencias que derivarían de la aprobación de la modificación en los mecanismos de coordinación en el ámbito de las prestaciones por desempleo.

³⁴ Ver informes 2015 del grupo de análisis FreScco en <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?pager.offset=10&catId=1098&langId=es&moreDocuments=yes>: Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules on export of family benefits; Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordinati on rules on aggregation of periods or salaries for unemployment benefits; Comparative report on the situation of frontier workers under EU law on free movement of workers

³⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0815&from=EN>

³⁶ https://ec.europa.eu/commission/publications/president-junckers-political-guidelines_en

No obstante, es oportuno hacer una referencia previa al primer aspecto de la reforma. En relación con la codificación de las Sentencias TJUE sobre el acceso de los trabajadores inactivos a prestaciones de Seguridad Social en condiciones de igualdad de trato, se inserta un considerando para dejar patente que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos C-140/12, Brey, C-333/13, Dano, C-67/14 Alimanovic, C-299/14 García-Nieto y C-308/14 Comisión / Reino Unido, ha clarificado la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, permitiendo la posibilidad de exigir la residencia legal para el acceso a prestaciones sociales por parte de ciudadanos inactivos, y entre ellas, en la parte que interesa en este artículo, el acceso a las ayudas a la inserción en el mercado laboral, revestidas en ocasiones como prestaciones por desempleo, como sucede en España con algunos programas. En caso de aprobación de la propuesta de la Comisión, sería lícito que España aplicara el test de residencia a los solicitantes de la Renta Activa de Inserción, regulada por Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, lo que quizás ya podría llevarse a cabo en aplicación de la jurisprudencia señalada, aunque habría que tener en cuenta el vínculo laboral previo, ya que, salvo excepciones, dicho programa de inserción exige haber percibido anteriormente prestaciones por desempleo, por lo que la vinculación laboral anterior puede ser suficiente para no cuestionar la residencia.

Los aspectos a revisar sobre los mecanismos aplicables en la protección por desempleo tienen que ver con las condiciones para la totalización de períodos trabajados, la exportación de la prestación y el tratamiento de los trabajadores transfronterizos.

En su posición inicial, la delegación española partió de la consideración de que las actuales provisiones de los Reglamentos de Coordinación no facilitan de manera efectiva el ejercicio de la libre de circulación de trabajadores, ya que generan confusión en la aplicación de los mecanismos de exportación, totalización y reembolso, generando inseguridad jurídica por la dificultad de definir el concepto de residencia, tal como se ha planteado en las ocasiones en que se ha introducido este debate en las reuniones de la Comisión Administrativa sobre la necesidad de un vínculo

suficiente tanto laboral como de residencia con el Estado competente del reconocimiento de las prestaciones por desempleo.

Ya en diversos informes del grupo de análisis trESS *Thematic report 2012*³⁷ y *European report 2013*³⁸, se pusieron de manifiesto los inconvenientes en la aplicación de ciertas reglas de coordinación que suponen la distribución injusta de los costes entre el Estado miembro de empleo y la determinación de la residencia habitual, la excesiva carga de trabajo para los servicios de empleo en el seguimiento de los reembolsos, o las posibilidades de elección por parte de los trabajadores del sistema de protección más ventajoso sin acreditar un vínculo laboral o de residencia suficiente.

España se mostró, por tanto, de acuerdo con el objetivo de revisión de las propuestas planteadas en relación con las prestaciones por desempleo, de forma que se reforzara un vínculo suficiente tanto laboral como de residencia con el Estado competente del reconocimiento de las prestaciones por desempleo.

La reforma de estos tres mecanismos se abordó desde una perspectiva integral. La propuesta prima el principio *lex loci laboris* para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo por el Estado de empleo, en lo que pudiera entenderse como una quiebra del principio de territorialidad que ha supeditado hasta ahora la regulación de los mecanismos de coordinación con la actual redacción. Sin embargo, la quiebra no se produce, en tanto en cuanto el reconocimiento de la prestación por el Estado de empleo se exportará al Estado de residencia, aunque en la propuesta quede limitado a un período de tres meses, siendo este uno de los principales escollos en la negociación, como más adelante se verá.

Una preocupación generalizada de las delegaciones más contrarias a la reforma es la dificultad de llevar a cabo el control del gasto y la lucha contra el fraude por parte del Esta-

³⁷ http://www.tress-network.org/EUROPEAN%20RESOURCES/EUROPEANREPORT/trESS_ThematicReport2012.pdf (pgs.)

³⁸ http://www.tress-network.org/EUROPEAN%20RESOURCES/EUROPEANREPORT/TRESSIII_European%20Report%202013.pdf (pgs 42-45)

do de empleo, cuando este es el responsable del pago de la prestación a un trabajador que no reside en su país. Se parte de la base de que estos países contrarios a la propuesta llevan a cabo con mayor rigor el seguimiento de la disponibilidad para el empleo y las actuaciones de reinserción.

Es decir, ante el argumento de la Comisión Europea de que la reforma busca una mejor distribución de la carga financiera para promover la reforma de los reglamentos, estos Estados oponen el mayor coste derivado de la falta de control y de menores oportunidades de reinserción de los trabajadores cuando la prestación se paga a un beneficiario que reside en otro país, bien por la falta de interés en el control por el Estado de residencia, bien por las diferencias en las oportunidades de colocación entre el Estado competente y el de residencia.

Por el contrario, las delegaciones que apoyan la propuesta, entre las que se encuentra España, abogan por un mayor equilibrio financiero entre las cotizaciones realizadas y los costes derivados del pago de las prestaciones; una mayor seguridad jurídica antes las incongruencias del sistema actual; así como por la simplificación de los procedimientos, especialmente en relación con la complejidad contable y de gestión de los reembolsos en el caso de trabajadores transfronterizos.

Todas las delegaciones acordaron no obstante la introducción en los Reglamentos de mejoras técnicas para facilitar una mayor vinculación de las prestaciones con las políticas activas de empleo y un mayor control en su percepción.

En ese sentido, se establece una base jurídica más permisiva para facilitar el tratamiento de los datos personales de las personas a quienes se aplican los Reglamentos y se refuerza la colaboración y el intercambio de información entre Estados, ya sea a nivel individual o mediante el contraste entre bases de datos.

Al mismo tiempo se refuerzan los procedimientos entre instituciones en materia de asistencia mutua en el cobro de créditos de la seguridad social.

Las líneas de reforma suscitaron los siguientes debates:

3.3.1. Estado competente y totalización de los períodos de actividad

Se propuso inicialmente que la totalización de los periodos de seguro, empleo y trabajo por cuenta propia completados en otro Estado miembro, se condicionara a que se hubiera trabajado en último lugar al menos tres meses, y ello con el objetivo de exigir una vinculación suficiente entre el trabajador y el Estado de último empleo.

Esta opción supone que, cuando no se llega al período de trabajo mínimo de tres meses, el Estado de empleo anterior debe ser el competente para reconocer y pagar las prestaciones, y ello cuando el trabajador ya no reside en su territorio.

El hecho de que el Estado de anterior empleo deba hacerse cargo de la prestación, cuando el trabajador no reside en dicho Estado ni está inscrito en sus servicios de empleo, implica la definición de una nueva figura de exportación con objeto de que el trabajador mantenga el derecho a su protección en el Estado de residencia.

La inclusión de un nuevo artículo 64.a), que refiere a la exportación al país de residencia o a un tercer país, trata de asegurar que la prestación reconocida por el Estado de anterior trabajo será exportable sin tener que cumplir el requisito de obligar al trabajador a estar cuatro semanas en el Estado competente, pudiendo este inscribirse desde el primer momento en el Estado de último empleo.

Tras los debates llevados a cabo en relación con el impacto negativo que este procedimiento podría tener sobre los trabajadores, pero con el objetivo último de garantizar un vínculo real entre el desempleado y el mercado laboral del Estado miembro que ofrece las prestaciones por desempleo, la propuesta acordada por las delegaciones fue que las normas sobre totalización de periodos a los efectos de conceder el derecho a prestaciones por desempleo deben estar supeditadas a la condición de que el asegurado haya cumplido en último lugar un periodo ininterrumpido de al

menos un mes de seguro, actividad por cuenta ajena o actividad por cuenta propia en ese Estado miembro y, por tanto, haya contribuido a la financiación del régimen de prestaciones por desempleo de dicho Estado miembro durante un periodo predefinido.

En caso contrario, será competente el penúltimo Estado miembro en el que la persona haya completado un periodo de seguro, actividad por cuenta ajena o actividad por cuenta propia, pero siempre que el trabajador hubiera completado tal periodo de un mes en ese Estado miembro. En este caso, el registro en los servicios de empleo del Estado miembro en el que haya estado asegurado en último lugar debe tener el mismo efecto que el registro en los servicios de empleo del Estado miembro en el que el desempleado había estado asegurado anteriormente.

Además, el país de anterior empleo deberá tener en cuenta los trabajos desarrollados en el país de residencia.

Ahora bien, en los casos en los que la persona tampoco hubiera completado un mes en el penúltimo Estado miembro, será competente del reconocimiento de la prestación el Estado miembro en el que haya ejercido una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia.

El procedimiento sería el siguiente de acuerdo con el nuevo artículo 54.a) del Reglamento de aplicación 987/2009: la persona se inscribe en el servicio de empleo del Estado de último empleo donde presenta la solicitud de la prestación. De presentarse en el Estado de anterior empleo, éste remitirá la solicitud al Estado de último empleo. El Estado de último empleo, al comprobar que se ha trabajado un período inferior al mes continuado establecido, remitirá la solicitud al Estado de anterior empleo, que, salvo que tampoco en él se haya trabajado un mes continuado, reconocerá la prestación y la exportará directamente al Estado de residencia, pero con un límite de tres meses. Muchos Estados, entre ellos España, lucharon porque al menos este supuesto de exportación se extendiera a un mínimo de seis meses, pero este fue el terreno en el que hubo que ceder para conseguir la mejora en el tratamiento de los trabajadores transfronterizos, como luego se verá.

Por último, la propuesta introduce una aclaración que ofrece mayor garantía jurídica con respecto al cómputo de los períodos que se toman en consideración para la totalización. En aras de evitar distintos efectos jurídicos de los períodos de actividad cuando estos se hacen valer ante diferentes Estados miembros, un nuevo artículo 60 a), establece que el Estado miembro competente totalizará solamente los períodos que se hubieran tenido en cuenta para el acceso a prestaciones por desempleo en virtud de la legislación del Estado miembro en el que fueron cumplidos. De este modo, las expectativas de derecho en cuanto a la totalización no podrán ser diferentes según el Estado que deba proceder a la totalización. Esto es especialmente importante para los supuestos de trabajos por cuenta propia, ya que hay muchos Estados miembros que no protegen esta contingencia, mientras que otros, como España, han diseñado regímenes voluntarios. En las reuniones de la Comisión Administrativa se había insistido en que no era lógico pretender acceder a prestaciones tras la migración a otro país sin haber realizado trabajos que hubieran dado cobertura a la contingencia por desempleo en el país de origen.

3.3.2. *Período de exportación de la prestación*

En relación con la exportación de las prestaciones de desempleo, se propuso establecer la autorización por un período mínimo de seis meses, en lugar de los tres meses actuales (actualmente prorrogables discrecionalmente a seis meses, lo cual, como se ha visto, muchos Estados no autorizan) e incluso se valoró establecer la exportación por el período completo del derecho.

Esta posibilidad lleva aparejado el refuerzo por el Estado de destino de los mecanismos de control de las acciones de búsqueda de empleo para facilitar la reintegración laboral.

Pese al impulso de la Comisión Europea, y el fuerte apoyo de algunos países a esta propuesta, países como Luxemburgo, Irlanda, Holanda, Dinamarca, Austria o Alemania no compartían la extensión de la exportación, para lo cual esgrimían el mismo argumento ya utilizado para la totalización y los transfronterizos: puesto que, durante los períodos de exportación, los beneficiarios no se ponen a

disposición de sus propios servicios de empleo, sino que lo hacen en los servicios de los países de residencia, bien por tener estos sistemas más permisivos, bien por tener estos menos oportunidades de empleo, o bien por tener un menor interés al no correr con los gastos de la prestación, afirman que una prolongación de la exportación no lleva a una más pronta reinserción ni a una mayor movilidad laboral.

Además de las diferencias en los respectivos mercados de trabajo, que ofrece un aspecto coyuntural de difícil asunción puesto en contraposición con el largo alcance de la vida de un Reglamento, el aspecto más controvertido es el seguimiento que los países deben realizar durante la estancia del trabajador con la prestación exportada de otro país, lo que exige un compromiso por parte de los servicios públicos de empleo correspondientes, que deben acreditar las actuaciones realizadas en el país de acogida durante el cobro de la prestación, algo que en España tiene mucho margen de mejora.

Como ya se ha dicho más arriba, a favor de las tesis de los países más remisos a extender la exportación, jugó un papel importante la citada STJUE del Caso 551/16 *Klein Schiphorst*, que responde a la cuestión prejudicial planteada por los Países Bajos, y que también queda codificada en un nuevo considerando de la propuesta de reforma del Reglamento.

Finalmente, dadas las reservas de varias delegaciones ante lo que se planteó como un debilitamiento del vínculo entre las prestaciones y las políticas de activación, y como solución de compromiso aceptada por el resto de delegaciones de lo que se entendió como un paquete de reforma integrado, se acordó mantener la exportación de la prestación por desempleo durante tres meses (cómo sucede en la actualidad), pero con la novedad de la posibilidad de ampliación hasta la duración total del derecho a prestación.

En virtud de lo anterior, cada Estado miembro podrá, solo si así lo desea, ampliar el período de exportación por cuantos meses considere adecuado en cada caso. Indicar que, como no puede ser de otro modo, el límite del período de exportación está igualmente condicionado por la duración de la prestación reconocida.

Se contempla expresamente que, a petición de la institución competente, la institución del Estado miembro al que se haya trasladado el desempleado proporcionará mensualmente la información pertinente sobre el seguimiento de la situación de este, que hará constar, en particular, si aún se encuentra inscrito en los servicios de empleo y si cumple con los procedimientos de control organizados. Igualmente, en caso de que, durante el periodo en el que el desempleado tenga derecho a conservar las prestaciones, se produjera cualquier circunstancia que pudiera afectar al derecho a dichas prestaciones, la institución del Estado miembro al que se haya trasladado el desempleado transmitirá inmediatamente a la institución competente y al interesado un documento que recoja la información pertinente.

3.3.3. *Estado responsable del reconocimiento de las prestaciones en el caso de los trabajadores transfronterizos*

Como hemos visto en la descripción de este mecanismo, son numerosos los inconvenientes que surgen en la aplicación de las actuales reglamentos de coordinación en relación con los trabajadores transfronterizos, que provocan la distribución injusta de los costes entre el Estado miembro de empleo y el de residencia al no acreditarse un vínculo laboral suficiente en este último y de ahí una ausencia de cotizaciones previas al reconocimiento de la prestación; se ha comentado igualmente la excesiva carga administrativa que supone el seguimiento de los reembolsos por parte de las instituciones implicadas y la dificultad en la contabilidad de los pagos en función de las diversas reglas que se establecen para su determinación.

Este importante desequilibrio, resulta especialmente desfavorable en el caso de España por la negativa de Gibraltar a reembolsar un elevado número de peticiones de reembolso bajo el pretexto de que los trabajadores no reunirían los requisitos de acceso bajo la legislación del Reino Unido, un motivo que la Decisión U4 no permite ser alegado, pero que las autoridades del Reino Unido mantienen al no asumir las Decisiones de la Comisión Administrativa como vinculantes.

Se hizo referencia asimismo a la dificultad de delimitar la aplicación del artículo 11 del

Reglamento de aplicación 987/2009, así como de la Decisión U2, para la determinación de la residencia habitual en los trabajadores no fronterizos; el TJUE incluso ha establecido que la residencia se ha podido mantener tras once años de trabajo en otro Estado miembro, lo que de facto convierte este mecanismo excepcional en la regla general, no requiriendo realizar actividad en último lugar en el país de destino cuando existe el más mínimo atisbo de vinculación de residencia.

Ante este escenario, España apoyó la redefinición de este tratamiento específico de los trabajadores transfronterizos, que encontró una fuerte resistencia por parte de muchas delegaciones, especialmente de las de menor tasa de desempleo, que hasta ahora se beneficiaban del desequilibrio financiero mencionado.

En la propuesta de la Comisión, el pago de las prestaciones de desempleo de los trabajadores transfronterizos se hará por el Estado miembro en el que se haya trabajado en último lugar, a condición de que haya completado un periodo de seguro, actividad por cuenta ajena o actividad por cuenta propia en ese Estado como mínimo durante los últimos tres meses ininterrumpidamente. La propuesta inicial fue de establecer un mínimo de doce meses continuados de trabajo, pero la protesta de países como Francia y Portugal, secundados por España y los países de Visegrado (Polonia, República Checa, Eslovaquia y Hungría), entre otros, que conformaban una mayoría cualificada, hizo bajar el listón primero a seis meses y, tras nuevo desacuerdo por estos mismos países, se determinó rebajarlo a tres meses, ya que de otro modo, quedaban fuera del nuevo tratamiento todos los trabajadores estacionales y contratos de corta duración que no alcanzan los doce meses de trabajo continuado en el Estado de empleo. La alternativa, no deseada por ningún Estado, era mantener el reembolso solo para algunos casos, lo que dejaba un escenario de mayor complejidad.

En caso de no alcanzarse los tres meses de trabajo, cuando el desempleo sea total, se deberá hacer cargo del reconocimiento de la prestación por desempleo el país de residencia, con una excepción: si la persona en si-

tuación de desempleo total tuviera derecho a la prestación de desempleo únicamente con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro de actividad sin la aplicación de la totalización de períodos, podrá el trabajador optar por ponerse a disposición de los servicios de empleo de dicho Estado miembro con objeto de percibir prestaciones con arreglo a su legislación como si residiera en él.

Esto último permite el que un trabajador de condición transfronteriza pueda pedir la prestación por desempleo en el Estado de empleo aun cuando no alcance tres meses continuados en último lugar, siempre que pueda acumular trabajos anteriores realizados en el mismo país. Por ello, el Estado de empleo, cuyas condiciones de acceso a la prestación por desempleo pueda resultar más generosa que las del Estado de residencia, no podrá denegar ser el Estado competente para el reconocimiento de la prestación.

En cualquier otro caso distinto del mencionado en el párrafo anterior, el Estado responsable para el reconocimiento de la prestación, sea el de empleo o el de residencia, deberá totalizar todos los períodos de trabajo realizados en otros Estados miembros.

Al igual que sucede con el mecanismo de la totalización, también en esta solución interviene de nuevo la necesidad de definir un nuevo supuesto de autorización de exportación de la prestación reconocida por el Estado de empleo a un trabajador que no reside en él y desee buscar empleo en el Estado de residencia, o en un tercer Estado, previa inscripción en sus servicios de empleo. Nuevamente se intentó prolongar la exportación en estos casos a seis meses, sin conseguirlo.

Como excepción a todo lo anterior, el Estado de residencia no se hará cargo en ningún caso de las prestaciones por desempleo a las que se pudiera tener derecho por las cotizaciones como trabajador por cuenta propia cuando dicho Estado haya comunicado a la Comisión Administrativa que carece de protección para cualquier categoría de trabajador por cuenta propia.

La propuesta final por la Presidencia Búlgara presentada supone eliminar el mecanis-

mo del reembolso de prestaciones, que viene suponiendo una elevada carga administrativa y no logra su objetivo último de equilibrar los costes en función de las cotizaciones realizadas previamente.

No obstante lo anterior, el rechazo a esta solución última presentada por la Comisión ante el Consejo provocó una nota conjunta de un grupo de países (entre ellos Alemania, apoyada por Países Bajos, Bélgica, Malta, Chipre, Luxemburgo o Dinamarca) contraria a la propuesta final, donde se incide en que todavía no se está en condiciones de alcanzar un acuerdo.

3.3.4. *Situación actual y evaluación de la propuesta de revisión de los Reglamentos*

En una evaluación general, la propuesta elevada al Consejo en su formación de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores (EPS-CO), es acorde con las expectativas de España.

Quizás la nota más amarga de este debate ha sido la imposibilidad de extender el período de exportación a un mínimo de seis meses.

La propuesta de la COM a favor de extender el período a 6 meses, con posibilidad de ampliarlo hasta el final del derecho, se cuestionó en base a la pérdida de control del gasto por parte de los Estados competentes, ya que durante dicho período los beneficiarios no se ponen a disposición de sus propios servicios de empleo, sino que lo hacen en sus países de residencia, lo que no lleva a una más pronta reinserción ni a una mayor movilidad laboral.

A lo largo de los intensos debates bajo la Presidencia Búlgara durante las diez reuniones del Grupo de Trabajo de Asuntos Sociales, se descartó la posibilidad inicialmente propuesta por la Comisión de extender el período de exportación a un mínimo de seis meses, lo que afecta no ya al mecanismo actual (que queda algo mejorado al incorporar la opción voluntaria de cada Em a ampliar dicho período hasta la duración total del derecho), sino especialmente a los dos nuevos supuestos que se definieron para la totalización y el tratamiento de los trabajadores transfronterizos.

Como consecuencia de lo anterior, cuando el trabajador no retorna al Estado de actividad que le reconoció la prestación y este no autoriza la prórroga del período exportado, al transcurso de los tres meses, el trabajador pierde el derecho a la protección. Este aspecto, que ya venía siendo así, resulta perjudicial en el caso de los trabajadores fronterizos, cuya protección actualmente queda garantizada al hacerse cargo el Estado de residencia del pago de la prestación hasta el final de su duración.

Derivado de lo anterior, consideramos que, con la propuesta elevada a EPSCO, en determinadas situaciones, el trabajador verá reducidos sus derechos sobre los que actualmente ostenta, por lo que mostramos nuestra posición favorable a la enmienda presentada por el Parlamento Europeo.

Como se ha dicho, pese a haber cedido en este aspecto, las delegaciones contrarias a la reforma mantienen sus reservas a la adopción de las propuestas de la Comisión: Alemania, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Luxemburgo, Malta y Países Bajos. Dinamarca y Países Bajos mantienen reserva de estudio de sus respectivos parlamentos nacionales.

Tras los debates bajo la Presidencia Búlgara a lo largo de las diez reuniones del Grupo de Trabajo de Asuntos Sociales, la propuesta de la Presidencia Búlgara elevó a la Comisión Europea la propuesta de revisión de los Reglamentos³⁹. Tras la revisión por COREPER⁴⁰, la propuesta se presentó en el Consejo EPSCO⁴¹ de 21 de junio de 2018 como parte de un conjunto más amplio de iniciativas dirigidas a favorecer la movilidad laboral. En este Consejo, la revisión de los Reglamentos de

³⁹ <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/rules-social-security-systems/>

⁴⁰ El Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros (COREPER) es un órgano interno del Consejo de la Unión Europea, con funciones políticas y administrativas, compuesto por un representante por cada Estado de la Unión, con rango de embajador o, en su caso, sus adjuntos, y por un representante de la Comisión Europea. Lo preside el representante del Estado que ejerce la presidencia rotatoria del propio Consejo.

⁴¹ <http://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/configurations/epsco/>

coordinación fue adoptada como orientación general⁴², con el apoyo expreso de España.

Con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, el documento⁴³ se debatirá por el Parlamento Europeo, a la espera de que se alcance una posición, y se apruebe, quizás en una primera lectura, estableciéndose un período transitorio de 2 años para su entrada en vigor, pudiendo llegar a ser de seis años para países como Luxemburgo, dada la especial incidencia que la reforma del capítulo de desempleo tiene en su práctica diaria por el elevado porcentaje de trabajadores que no residen en su territorio.

El documento del Consejo⁴⁴ de 25 de marzo de 2019, ofrece un análisis del acuerdo provisional alcanzado que se somete, previo acuerdo de COREPER, a una primera lectura en el Parlamento. De manera resumida, los aspectos que la Presidencia ha resuelto avanzar una vez discutido provisionalmente por el Parlamento la propuesta de reforma presentada por la Comisión Europea, son los siguientes:

- Crear un vínculo mínimo de un mes de actividad del trabajador con el mercado laboral del Estado miembro antes de la agregación de los períodos de seguro, para que la protección por desempleo se conceda en uno de los dos últimos Estados de actividad.
- Establecer un período mínimo de exportación de la prestación por desempleo, desde el Estado de actividad al Estado de residencia, de 6 meses, con la posibilidad de que las instituciones competentes lo amplíen hasta el final del derecho de la persona a recibir beneficios.

- Determinar el Estado miembro competente para aplicar el principio *lex loci laboris* en el caso de trabajadores fronterizos. Con carácter general, el Estado competente en la concesión de las prestaciones será el de última actividad.

Si el trabajador no desea estar o permanecer disponible para los servicios de empleo del Estado miembro competente, el trabajador fronterizo retendrá el derecho a las prestaciones de desempleo por un período de 15 meses. La institución competente podrá prorrogar el período de 15 meses hasta el final del período de derecho a las prestaciones, siempre con el límite de la duración del derecho.

Como excepción, si no se completa un período de 6 meses de actividad ininterrumpida en dicho Estado de última actividad, corresponderá conceder la prestación al Estado de residencia. De este modo, la persona desempleada que, durante su última actividad, residía en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, siga residiendo en ese Estado miembro o regrese a ese Estado miembro y no haya completado un período ininterrumpido de al menos seis meses de actividad, será protegida por el Estado miembro de residencia como si hubiera completado todos los períodos de seguro, empleo o trabajo por cuenta propia según la legislación de ese Estado miembro.

⁴² <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/06/21/coordination-of-social-security-systems-council-agrees-general-approach/>

⁴³ <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10295-2018-INIT/en/pdf>

⁴⁴ Ver <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7698-2019-ADD-1-REV-1/en/pdf>

RESUMEN

La ciudadanía de la Unión confiere a todo ciudadano de la Unión un derecho fundamental e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el TFUE y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. Además, la libre circulación de personas constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior que ha sido reafirmada por el artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El principal instrumento normativo del derecho de la Unión para regular la libre circulación es 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.

Por otro lado, y con el principal objetivo de facilitar la libre circulación de los trabajadores e impedir los obstáculos a la libre circulación y la discriminación por razón de nacionalidad, el Reglamento (CE) 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, establece unas normas comunes para proteger los derechos a prestaciones de seguridad social cuando se circula dentro de la UE (así como en Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza).

Estas normas garantizan a los ciudadanos de la UE los siguientes derechos:

- Buscar trabajo en otro país de la UE.
- Trabajar sin necesidad de un permiso de trabajo.
- Residir en el país con este fin.
- Permanecer en el país después de que haya terminado el trabajo.
- Disfrutar de los mismos derechos que los nacionales en el acceso al empleo.

En el capítulo de las prestaciones por desempleo, quedan configurados una serie de mecanismos de coordinación, como son la totalización o agregación de períodos, la exportación de la prestación y el tratamiento de los trabajadores transfronterizos. Este artículo analiza en detalle la regulación de los mismos y profundiza en los debates que surgen en su aplicación.

En diciembre de 2016, la Comisión Europea publicó una propuesta de reforma del Reglamento (CE) 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social con el objetivo de adaptar la normativa a los cambios sociales para impulsar los flujos migratorios y facilitar la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión; garantizar la eficiencia y efectividad de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, dotando de mayor claridad, transparencia y facilidad de aplicación a las normas de coordinación en este ámbito; potenciar la correlación entre la recaudación de cotizaciones sociales y la responsabilidad en el abono de las prestaciones de seguridad social; y promover la eficiencia de las normas en términos de coste, cargas administrativas y riesgo de fraude o error administrativo.

En concreto, en lo que respecta a las prestaciones por desempleo, el proyecto de Reglamento actualiza las normas sobre totalización y exportabilidad, y la coordinación de las prestaciones por desempleo para los trabajadores fronterizos y transfronterizos:

- Permite a los Estados miembros prorrogar el periodo de tiempo durante el cual se autoriza a los solicitantes de empleo a exportar sus prestaciones por

desempleo hasta la conclusión del periodo durante el cual tienen derecho a percibir las prestaciones, en lugar del límite actual de seis meses.

- Fomenta un vínculo más estrecho entre el mercado de trabajo del Estado miembro responsable de proporcionar las prestaciones por desempleo y la persona desempleada, al permitir que los Estados miembros exijan que la persona trabaje al menos un mes en su territorio antes de totalizar los periodos anteriores en los que trabajó previamente a la solicitud de prestación por desempleo. De lo contrario, se hace cargo de la totalización el Estado miembro en el que la persona haya trabajado anteriormente, si esta ha trabajado allí al menos durante un mes.
- Establece un vínculo más estrecho entre el mercado de trabajo del Estado miembro responsable de proporcionar las prestaciones por desempleo y la persona desempleada, al cambiar el Estado miembro responsable del pago de las prestaciones por desempleo, que pasa de ser el de residencia a aquel en el que estuviera situado el último empleo en caso de que la persona haya trabajado en él al menos durante tres meses.

De los cuatro principales aspectos de la reforma, este artículo atenderá en concreto a las causas que motivan la propuesta y las consecuencias que derivarían de la aprobación de la modificación en los mecanismos de coordinación en el ámbito de las prestaciones por desempleo, con alguna referencia relacionada al acceso a las prestaciones sociales de los ciudadanos económicamente inactivos que se desplazan dentro de la UE.

En cuanto a la metodología de trabajo, se ha analizado la extensa jurisprudencia que se cita a lo largo del artículo para poner el acento en las dificultades de interpretación y aplicación de los Reglamentos de Coordinación en el capítulo del desempleo. Los datos ofrecidos en el artículo han sido extraídos de las estadísticas anuales, hoy todavía muy incompletas, recabadas por la Comisión Europea, así como en los documentos de su propuesta de revisión de los reglamentos.

El seguimiento del proceso de reforma se ha llevado a cabo mediante la participación en las reuniones del grupo de trabajo creado al efecto por la Comisión Europea.

La conclusión del proceso de reforma es todavía incierta. El documento del Consejo de 25 de marzo de 2019, ofrece un análisis del acuerdo provisional alcanzado que se someterá a una primera lectura en el Parlamento. De manera resumida, los aspectos que la Presidencia ha resuelto avanzar una vez discutido provisionalmente por el Parlamento la propuesta de reforma presentada por la Comisión Europea, son los siguientes:

- Crear un vínculo mínimo de actividad del trabajador con el mercado laboral del Estado miembro antes de la agregación de los periodos de seguro, para que la protección por desempleo se conceda en uno de los dos últimos Estados de actividad.
- Establecer un período mínimo de exportación de la prestación por desempleo, desde el Estado de actividad al Estado de residencia, con la posibilidad de que las instituciones competentes lo amplíen hasta el final del derecho de la persona a recibir beneficios.
- Determinar el Estado miembro competente para aplicar el principio *lex loci laboris* en el caso de trabajadores fronterizos.

Palabras clave: Libertad de circulación; coordinación de Seguridad Social; prestaciones por desempleo; reforma de los Reglamentos de Coordinación.

ABSTRACT The European Union citizenship grants every citizen of the EU a fundamental and individual right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in the TFEU and in the provisions adopted for its implementation. Furthermore, the free movement of persons constitutes one of the fundamental rights of the internal market which has been reaffirmed by Article 45 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

The main legislative instrument of the European Union law to regulate free movement is Directive 2004/38 EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely in the territory of the Member States.

On the other hand, and with the main objective of facilitating the free movement of workers and preventing obstacles to free movement and discrimination based on nationality, Regulation (EC) 883/2004 on the coordination of Social Security systems, establishes common rules to protect the rights to social security benefits when moving within the EU (as well as in Iceland, Liechtenstein, Norway and Switzerland).

These rules guarantee EU citizens the following rights:

- To look for a job in another EU country.
- To work without a work permit.
- To reside in the country for this purpose.
- To stay in the country after the job is finished.
- To enjoy the same rights as nationals in accessing employment.

In the chapter on unemployment benefits, a series of coordination mechanisms are configured, such as the totalization or aggregation of periods, the export of benefits and the treatment of cross-border workers. This article analyses in detail the regulation of these ones and deepens into the debates that arise in its implementation.

In December 2016, the European Commission published a proposal to reform Regulation (EC) 883/2004 on the coordination of social security systems with the aim of adapting the regulations to social changes to boost migratory flows and facilitate the freedom of movement of citizens of the Union; ensure the efficiency and effectiveness of the coordination of Social Security systems, providing greater clarity, transparency and ease of implementation to the coordination rules in this area; enhance the correlation between collecting social contributions and the responsibility for the payment of social security benefits; and promote the efficiency of rules in terms of cost, administrative burdens and risk of fraud or administrative error.

In particular, with regard to unemployment benefits, the Regulation project updates the rules on totalization and exportability, and the coordination of unemployment benefits for border and cross-border workers:

- It allows Member States to extend the period of time during which job seekers are authorized to export their unemployment benefits until the end of the period during which they are entitled to receive them, instead of the current limit of six months.
- It fosters a closer bond between the labour market of the Member State responsible for providing unemployment benefits and the unemployed worker,

by allowing Member States to require that workers work at least one month in their territory before totalling the previous periods when they worked before applying for the unemployment benefit. Otherwise, the Member State in which the worker has worked previously is responsible for the totalization, if the person has worked there for at least one month.

- It establishes a closer bond between the labour market of the Member State responsible for providing unemployment benefits and the unemployed person, by changing the Member State responsible for the payment of unemployment benefits, which changes from the residence status to that in which the last job was located in case the person worked there for at least three months.

Of the four main aspects of the reform, this article will particularly address the causes that motivate the proposal and the consequences that would result from the approval of the modification in the coordination mechanisms in the field of unemployment benefits, with some reference related to accessing social benefits for economically inactive citizens moving within the EU.

Regarding the work methodology, the extensive jurisprudence cited throughout the article has been analysed in order to highlight the difficulties of interpretation and implementation of the Coordination Regulations in the unemployment chapter. The data offered in the article have been extracted from annual statistics, still very incomplete today, collected by the European Commission, as well as from the documents of the proposed revision of regulations.

The follow-up of the reform process has been carried out through participation in the meetings of the working group created for this purpose by the European Commission.

The conclusion of the reform process is still uncertain. The Council document of 25 March 2019 offers an analysis of the provisional agreement that will be submitted to a first reading in Parliament. In summary, the aspects that the Presidency has decided to move forward once the proposal for reform presented by the European Commission has been discussed provisionally by Parliament, are the following:

- To create a minimum bond of activity of the worker with the labour market of the Member State before the aggregation of periods of insurance, so that unemployment protection can be granted in one of the last two States of activity.
- To establish a minimum period of export of the unemployment benefit, from the State of activity to the State of residence, with the possibility that the competent institutions extend it until the end of the right of the person to receive benefits.
- To determine the competent Member State to apply the *lex loci laboris* principle in the case of border workers.

Keywords: Freedom of movement; coordination of Social Security; unemployment benefits; reform of the Coordination Regulations.

La larga marcha al Seguro de Desempleo Europeo*

The long path to the European Unemployment Insurance

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA**

"Hay una grotesca desproporción entre la influencia profunda que la política europea tiene sobre nuestras vidas y la escasa atención que se presta en cada país"

Juergen HABERMAS

1. INTRODUCCION GENERAL

La idea de un Seguro de desempleo europeo (SDE)¹ ha suscitado encendidos debates que han avivado la dialéctica general entre federalistas y euroescépticos. Se afilan los cuchillos prebélicos en preparación de la conflagración inminente. Y sin embargo, debe indicarse de antemano que a día de hoy no existe una propuesta concreta al respecto por lo que tanto los defensores como los detractores de este teórico proyecto se encuentran ante una realidad virtual, variable y múltiple, con más especulaciones que constataciones. En efecto, cuando se habla de SDE nos estamos refiriendo a 18 posibles modelos, muy distintos entre sí, que pueden comprender tanto la armonización clásica de los regímenes nacionales de los seguros de desempleo como el establecimiento de un sistema supranacional de desempleo que com-

plemente o sustituya a los distintos seguros nacionales o bien, por último, la creación de un fondo ad hoc que financie las prestaciones de desempleo a través de transferencias económicas. De todos modos, el debate, aunque quizás prematuro, no es baladí y podría servir para examinar las distintas ventajas e inconvenientes que coadyuven a conformar una opinión fundamentada y razonada.

Indirectamente, el Seguro de desempleo europeo (SDE) ha recibido un cierto impulso y apoyo tácito por parte del Presidente Juncker que se ha decantado claramente por la potenciación de la Europa Social. La adopción de Pilar Europeo de derechos sociales², en el que se incide en la necesidad de proteger a los trabajadores desempleados³, es, esperamos, un primer paso

* Este artículo se cerró el 20-12-2018.

** Vicepresidente de la Asociación Española de Sanidad y Seguridad Social.

¹ Se recomienda, para una información completa del proyecto de SDE, la lectura de la publicación "Feasibility and Added Value of a European Unemployment Benefits Scheme". MIROSLAV BEBLAV y KAROLIEN LENAERTS. ISBN: 978-94-6138-576-5 © European Union, 2017. CEPS. <https://www.ceps.eu/publications/stabilising-european-economic-and-monetary-union-what-expect-common-unemployment>. <https://www.ceps.eu/publications/design-european-unemployment-benefit-scheme>.

² El pilar europeo de derechos sociales fue aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo, Suecia.

³ "Las personas desempleadas tienen derecho a recibir una ayuda personalizada, continuada y adecuada. Los desempleados de larga duración tienen derecho a una evaluación individual. Los desempleados tienen derecho a ayudas adecuadas a la activación por parte de los servicios públicos de empleo para (re)integrarse en el mercado laboral y a prestaciones de desempleo adecuadas de duración razonable, en consonancia con sus propias contribuciones y los criterios de concesión nacionales. Estas prestaciones no deberán desincentivar un retorno rápido al trabajo".

hacia un cambio de tendencia superadora de la línea puramente economicista de la Unión.

Antes de entrar en el fondo de este proyecto, se considera inexcusable presentar un panorama general de los Seguros de Desempleo de los Estados Miembros como paso previo para estudiar la viabilidad de esta rompedora iniciativa.

2. ARMONIZACION DEL SEGURO DE DESEMPLEO

Debe señalarse como premisa inicial que en el ámbito de la Seguridad Social, el término armonización produce, entre los Estados Miembros, una reacción colérica, casi unánime, que anula toda posibilidad de debate racional o de pacífico intercambio de pareceres. Realmente la Seguridad Social es como el Santo Grial o como los Santos Griaes Nacionales defendidos a muerte por los Caballeros Templarios.

De hecho, se echa de menos una base jurídica⁴ que clara y expresamente posibilite realmente la armonización de la Seguridad Social. No obstante, debe señalarse que, en algunas ocasiones, se ha procedido a una especie de armonización encubierta, utilizando bases jurídicas ajenas a la Seguridad Social para regular ciertos aspectos de la misma. Así, el principio de igualdad de trato hombre/mujer o la seguridad y salud en el trabajo, han servido muy eficazmente, a través de Directivas⁵, para tal fin.

⁴ El artículo 153 del TFUE señala "la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:... c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores".

⁵ Directiva 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, DOCE de 10 enero 1979. Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social, modificada por la Directiva 96/97/CE, de 20 de diciembre de 1996 y posteriormente refundida en Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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. DOUE de 26.7.2006 L 204/23. Directiva

No obstante, sería ingenuo negar que se ha dejado a otras Instituciones Internacionales, como el Consejo de Europa o la Organización Internacional del Trabajo, la tarea de promover, fundamentalmente por medio de la Carta Social Europea o el Convenio 102, un cierto desarrollo armonizado "light" de los sistemas de seguridad Social Europeos.

De todos modos, progresivamente, a través del Método Abierto de Coordinación (MAC), se está produciendo y promoviendo una cierta aproximación ¿espontánea? de los sistemas nacionales de Seguridad Social, especialmente en aquellas ramas que comparten una problemática europea común (jubilación /envejecimiento de la población).

Desde la perspectiva europea, no debe olvidarse que el objetivo de las prestaciones de Seguridad Social es proteger a los ciudadanos contra riesgos cuya intensidad y frecuencia es teóricamente previsible en su globalidad y en, cierto modo mensurable y cuantificable, no variando en una forma extrema de un país a otro. Así, por ejemplo, el número de jubilados, de inválidos o de enfermos en la población un Estado dependerá de factores, tales como envejecimiento de la población, protección del trabajador en el lugar de trabajo, política sanitaria etc., elementos todos ellos que responden a parámetros afines, grosso modo, en todos los Estados Miembros. Por supuesto podemos encontrar algunas diferencias pero éstas no serán muy elevadas entre Estados con una economía equiparable y, por tanto, las magnitudes resultantes deberían guardar una cierta semejanza. Baste un ejemplo: En 2018 Alemania, superó los 81 millones de habitantes⁶. En julio del 2018 se abonaron en este país aproximadamente 23 millones de

2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo. DOUE n.º 180, de 15 de julio de 2010. Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) Diario Oficial n.º L 348 de 28/11/1992.

⁶ 81 388. 254 habitantes según el Statistisches Bundesamt (Oficina Federal de Estadística de Alemania).

pensiones de jubilación y derivadas⁷. Francia tiene una población que se aproxima a los 68 millones⁸ y las Instituciones competentes francesas han reconocido 17,2 millones de pensiones de jubilación y derivadas⁹. Así, el porcentaje de pensionistas sobre la población total es muy parecida. Así, en Alemania esta relación es de 1 pensionista por 3,6 ciudadanos, mientras que en Francia es de 1 pensionista por 3,7 ciudadanos. De hecho, el número de pensionistas sobre la población total en todo Europa resulta similar en casi todos los Estados Miembros. La gran diferencia, más que numérica, se centra fundamentalmente en las cuantías de las distintas pensiones nacionales lo que se hace depender de elementos jurídicos y económicos.

Por otra parte, si comparamos el gasto de pensiones públicas sobre el PIB entre Francia, Portugal o España, las diferencias oscilan aproximadamente en 2 puntos. En los extremos de la estadística encontramos que Italia es el Estado con mayor gasto de pensiones sobre el PIB con el 16% e Irlanda el de menor

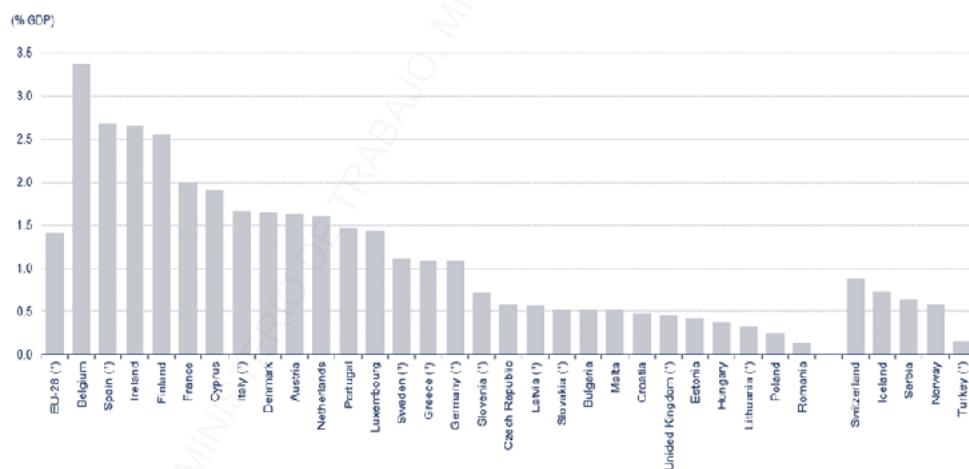
gasto con el 8%. Es decir, la proporción es de 2/1. Recuerden este dato.

3. LA DESARMONIZACIÓN ECONÓMICA DE LOS SEGUROS DE DESEMPLEO NACIONALES.

En realidad, como se ha señalado en los párrafos precedentes, la vejez, la enfermedad, la invalidez o la muerte tienen una incidencia comparable en todos los Estados Miembros. En cambio, cuando entramos en el dominio de las prestaciones de desempleo, estas similitudes desaparecen. Así el gasto sobre el PIB en el ámbito de la protección de desempleo de Bélgica asciende al 3,3%, mientras que Rumanía debe conformarse con el 0,2%. Es decir, la proporción es de 16/1, lo que presupone, al menos en términos macroeconómicos, una diferencia abismal.

El siguiente cuadro puede servir para tener una visión global de las diferencias económicas entre los Estados Miembros.

GASTOS PRESTACIONES DE DESEMPLEO SOBRE PIB 2014



(*) Data are provisional

Source: Eurostat (online data code: spr_exp_sum, nama_10_gdp)

⁷ 22 970.000 Datos Deutsche Rentenversicherung.

⁸ 67 190.000 L'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques.

⁹ Datos recogidos de «Les retraités et les retraités» ÉDITION 2017.

Desde otra perspectiva, debe recordarse que el gasto en prestaciones relacionadas con el desempleo sobre el conjunto del gasto total de las prestaciones sociales a nivel de la UE ascendió al 5,1%, con una proporción que varía desde más del 10% en Bélgica y en España

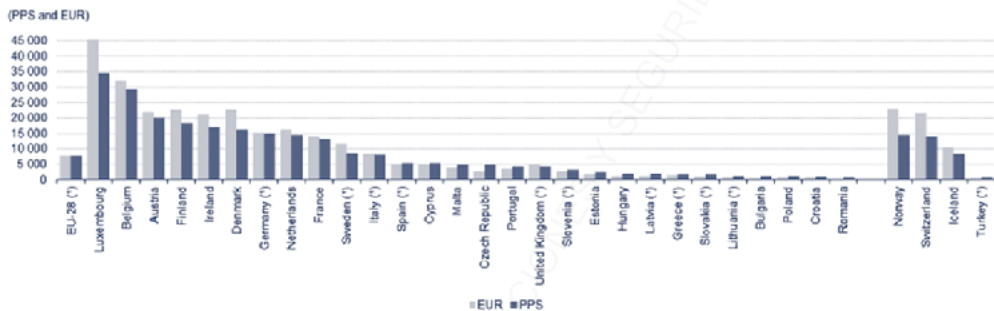
hasta menos del 2% en Hungría, Reino Unido, Polonia y Rumanía. (Cinco veces menos que en España).

Es necesario subrayar, por otra parte, que el gasto total y porcentual en prestaciones de desempleo no puede ser utilizado como único elemento, aunque sea muy importante, para valorar la bondad de un sistema. Quizás sea también significativo y esclarecedor introducir el concepto gasto por persona ya que en un Estado con mínimo desempleo, la magnitud del gasto

total será mucho menor que en otro Estado con desempleo masivo por lo que este dato aislado, aún importante, resultaría incompleto.

Por ello, el siguiente cuadro, que recoge el gasto por persona, modulado con factores tales como niveles de vida y capacidades de compra, puede ayudar a tener una perspectiva más global. Como detalle adicional se incluyen en el cuadro no solamente las cuantías en euros sino también en lo que se denomina PPA (paridad de poder adquisitivo).

GASTO POR PERSONA DESEMPLEADA EN LOS DISTINTOS ESTADOS MIEMBROS. 2014.



Note: Data from Serbia are not available; Expenditure per person unemployed is derived using an annual average of numbers of persons unemployed according to ILO definitions.

(*) Data are provisional

Source: Eurostat (une_rt_a)

El cuadro precedente requiere una pequeña explicación. El gasto medio anual en la Unión Europea por persona desempleada ascendió en 2014 a 7 994 PPA anuales (7.500 euros aproximadamente) con grandes variaciones entre los distintos países. Así, la cantidad más alta correspondió a Luxemburgo (casi 34 800 PPA o 45 mil euros) y a Bélgica (alrededor de 29 300 PPS o 32 mil euros). En España, el gasto fue de alrededor de 5 mil euros. A este respecto, la diferencia con Luxemburgo parece enorme, pero lo es más todavía si la comparamos con Rumanía que gasta una cantidad cercana a los 700 PPA o 500 euros. Grecia y todos los Estados de la Europa Oriental, con la honrosa excepción de la República Checa, abonaron a sus desempleados cantidades por debajo de los 4.000 euros anuales.

4. LA INTENSIDAD INESTABLE DEL DESEMPLEO.GEOGRAFÍA VARIABLE

Debe reconocerse que la multiplicidad y variedad de los regímenes de desempleo en los distintos Estados de la Unión, así como la situación tan dispar de los mercados de trabajos nacionales y, sobre todo de la tasa de empleo y de desempleo, no son precisamen-

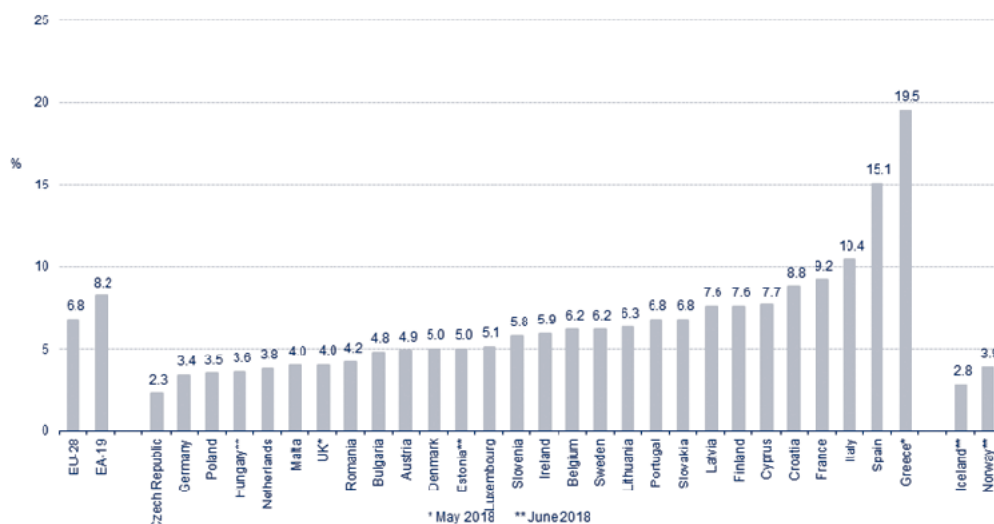
¹⁰ La paridad del poder adquisitivo (PPA) es un indicador económico para comparar el nivel de vida entre distintos países, teniendo en cuenta el Producto interno bruto per cápita en términos del coste de vida en cada país. Cuando se quiere comparar el PIB de diferentes países es necesario compararlo en una moneda común ya que cada país mide su producto en su moneda local. Con este indicador, una apreciación o depreciación de una moneda no cambiará la paridad del poder adquisitivo de un país, puesto que los habitantes de ese país reciben sus salarios y hacen sus compras en la misma moneda.

te las mejores garantías para que la idea de un proyecto de SDE pueda prosperar y ser apoyado, con la misma intensidad y simultáneamente, por los Estados Miembros, por las Instituciones europeas y por los ciudadanos de la Unión. De hecho, en muchas ocasiones (aunque no en todas), es el desempleo la variable que sirve junto con el PIB, para conocer

y valorar la salud y fortaleza de una economía y de un mercado laboral.

En este sentido resulta revelador que el porcentaje de desempleados sobre el conjunto de ciudadanos alcance diferencias del 700% de un Estado y otro, según se puede apreciar en el siguiente cuadro.

TASA DE DESEMPLEO EN EUROPA JULIO 2018



Source: Eurostat (online data code:une_rt_m)

Como puede comprobarse, en el panorama europeo cohabitan tasas de desempleo del 2,3% (República Checa) o 3,4%(Alemania) con tasas del 19,5%(Grecia), lo que pone en pregunta inmediatamente si existe realmente un mercado laboral europeo o, si existiera, éste está dirigido por una mano in-

visible que parece que ha encontrado el norte pero ha perdido el sur.

El futuro no se muestra halagüeño, especialmente si nos referimos al desempleo juvenil, tal como muestra este cuadro estadístico:

PORCENTAJE DESEMPLEO JUVENIL ESTADÍSTICAS 2007 - 2017

	Youth unemployment rate				Youth unemployment ratio			
	2007	2015	2016	2017	2007	2015	2016	2017
EU-28	15.8	20.3	18.7	16.8	6.9	8.4	7.8	7.0
Euro area	15.6	22.3	20.9	18.8	6.7	8.8	8.3	7.4
Belgium	18.8	22.1	20.1	19.3	6.4	6.6	5.7	5.4
Bulgaria	14.1	21.6	17.2	12.9	4.2	5.6	4.1	3.4
Czech Republic	10.7	12.6	10.5	7.9	3.4	4.1	3.4	2.5
Denmark	7.5	10.8	12.0	11.0	5.3	6.7	7.9	7.0
Germany	11.8	7.2	7.1	6.8	6.1	3.5	3.5	3.4
Estonia	10.1	13.1	13.4	12.1	3.8	5.5	5.8	5.6
Ireland	9.3	20.5	17.0	14.5	6.4	9.6	8.5	6.7
Greece	22.7	49.8	47.3	43.0	7.0	12.9	11.7	10.9
Spain	18.1	48.3	44.4	38.6	8.7	16.8	14.7	12.9
France	19.5	24.7	24.6	22.3	7.2	9.0	9.0	8.0
Croatia	25.4	42.3	31.8	27.0	9.2	14.0	11.6	9.8
Italy	20.4	40.3	37.8	34.7	6.3	10.6	10.0	9.1
Cyprus	10.2	32.8	29.1	24.7	4.2	12.4	10.8	9.0
Latvia	10.6	16.3	17.3	17.0	4.5	6.7	6.9	6.8
Lithuania	8.4	16.3	14.5	13.3	2.3	5.5	5.1	4.6
Luxembourg	15.6	16.6	19.1	15.3	4.0	6.1	5.8	4.7
Hungary	18.1	17.3	12.9	10.7	4.6	5.4	4.2	3.5
Malta	13.5	11.8	11.0	10.4	7.3	6.1	5.7	5.5
Netherlands	9.4	11.3	10.8	8.9	4.3	7.7	7.4	6.1
Austria	9.4	10.6	11.2	9.8	5.6	6.1	6.5	5.5
Poland	21.6	20.8	17.7	14.8	7.1	6.8	6.1	5.2
Portugal	21.4	32.0	28.2	23.8	8.6	10.7	9.3	8.1
Romania	19.3	21.7	20.6	18.3	6.1	6.8	5.8	5.5
Slovenia	10.1	16.3	15.2	11.2	4.2	5.8	5.1	4.4
Slovakia	20.6	26.5	22.2	18.9	7.1	8.4	7.2	6.3
Finland	16.5	22.4	20.1	20.1	8.8	11.7	10.5	10.7
Sweden	19.2	20.4	18.9	17.8	10.1	11.2	10.4	9.8
United Kingdom	14.3	14.6	13.0	12.1	8.8	8.6	7.6	7.0
Iceland	7.1	8.8	6.5	8.2	5.6	7.1	5.4	6.5
Norway	7.3	10.5	11.3	10.7	4.4	5.5	6.1	5.6
Switzerland
Turkey	17.2	18.6	19.6	20.7	6.3	7.7	8.2	8.9
United States	10.5	11.6	10.4	9.2
Japan	7.7	5.5	5.1	4.7

: data not available.

* The quarterly youth unemployment rate is seasonally adjusted.

Source: Eurostat (une_rt_a)

5. LA HETEROGENEIDAD DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE DESEMPLEO¹¹

En el panorama europeo se entremezclan y conviven prestaciones del modelo Bismark y del modelo Beveridge (prestaciones contributivas y asistenciales); prestaciones para trabajadores por cuenta ajena, para trabajadores por cuenta propia, para estudiantes o para personas no activas; prestaciones en caso de desempleo voluntario o solamente en el supuesto de paro involuntario; prestaciones con cuantías únicas (flat rate) o variables que se hacen depender de los ingresos anteriores; prestaciones con períodos de espera o sin períodos de espera... Tampoco la estructura económica de los distintos regímenes ofrece demasiadas similitudes significativas. En efecto, en Europa se pueden encontrar regímenes financiados solo por los empleadores o por los trabajadores, con participación contributiva paritaria o desigual, subsidiados o no por el Estado... Hasta la obligatoriedad¹² del seguro de desempleo no es un axioma en todas las legislaciones. Tampoco lo es la gestión de las prestaciones de desempleo por parte del Estado o por Instituciones públicas. En efecto, el modelo Ghent¹³ tiene una gran aceptación por parte de algunos Estados.

¹¹ Para un estudio comparado de los regímenes de desempleo ver Think Tank Report 2012. Authors: Carlos García DE CORTÁZAR (ed.), Essi RENTOLA (ed.), Maximilian FUCHS, Saskia KLOSSE, Training and Reporting on European Social Security Project DG EMPL/B/4 - VC/ 2011/1078 Contractor: Ghent University, Department of Social Law, Universiteitstraat 4, B-9000 Gent.

¹² Por ejemplo, Dinamarca en cuya legislación se prevé la voluntariedad del seguro.

¹³ El sistema de Ghent (Gante) se refiere a los Acuerdos en los que la responsabilidad de pagar los beneficios por desempleo la toman los sindicatos en lugar de las agencias gubernamentales o los departamentos que actúan en nombre del gobierno. El sistema se llama Ghent porque se implementó por primera vez en la ciudad de Ghent (Gante) en Bélgica. Hoy en día es popular en Escandinavia, así como en Islandia. Aunque se originó en Bélgica, el país ahora tiene un sistema conjunto en el que los fondos son distribuidos tanto por el gobierno como por los sindicatos. En la mayoría de los casos, los fondos que poseen los sindicatos para su distribución están regulados o subvencionados por el gobierno. La cantidad que reciben los individuos generalmente dependerá de las ganancias anteriores.

Nos enfrentamos por tanto a un escenario de diversidad y heterogeneidad¹⁴, quizá no tanto en los elementos básicos como en los elementos complementarios, que podría dificultar el diseño de un SDE.

Por ello, resulta difícil hablar de un modelo único europeo de prestaciones de desempleo que sea aplicable a todos los Estados Miembros. No obstante, en un ejercicio de reduccionismo, algunos autores¹⁵ clasifican los regímenes europeos en tres grandes grupos: a) modelo de protección universal (Reino Unido e Irlanda); b) modelo de cobertura universal en ausencia de seguro voluntario (Suecia y Finlandia); c) modelo laboralista (la mayor parte de los Estados Miembros). De todos modos, para los amantes de las categorizaciones más específicas y precisas me remito a otros autores¹⁶ que han trabajado exhaustivamente este tema.

No obstante, y a pesar de esta visión, probablemente considerada como pesimista, es posible concebir un núcleo compartido por todos los Estados y no es descartable que sea posible alcanzar un mínimo común denominador de las prestaciones de desempleo de los Estados Miembros, lo que permitiría la creación de un modelo básico de futuro con elementos más o menos aceptables por todos.

Por otra parte, en lo que la totalidad de las legislaciones coinciden es en la evolución del seguro de desempleo hacia la activación del trabajo, pasando las prestaciones de desempleo de ser una mera sustitución de los ingresos perdidos a constituirse fundamentalmente en un apoyo para la búsqueda de nuevo trabajo. Como señala Danny Pieters¹⁷

¹⁴ Para un estudio detallado de los distintos sistemas de protección ver <https://www.missoc.org/missoc-database/>

¹⁵ Ver «L'indemnisation du chômage en Europe». Unedic 23 février 2016.

¹⁶ Unemployment Benefits in EU Member States by Ingrid ESSER, Tommy FERRARINI, Kenneth NELSON, Joakim PALME Et Ola SJÖBERG. Employment, Social Affairs Et Inclusion. © European Union, 2013. State corporatist and comprehensive schemes. Los autores realizan un análisis taxonómico clasificando los distintos regímenes de pensión en : a) Targeted b) Voluntary State Subsidized, c) State Corporatist d) Compulsory Basic Security, e) Compulsory Income Security.

¹⁷ Danny PIETERS Reflexiones comparativas sobre los regímenes de desempleo en Europa. Editorial Laborum AESSE 2015.

“A menudo las reformas se llevan a cabo bajo la bandera de la palabra de moda «activación» o de medidas de política activa en lugar de políticas pasivas del mercado de trabajo. Trabajar en lugar de prestaciones: ¡eso es lo que realmente importa! Un slogan atractivo... y lo que encubre es la necesidad de encajar y equilibrar una situación en la que cada vez existen más peticionarios y simultáneamente menos recursos financieros ni las legislaciones de estos Estados pueden absorber e integrar en bruto las buenas prácticas de otros Estados sin realizar un ejercicio de gran ajuste”.

6. ¿ENTROPÍA O SIMPLEMENTE DIVERSIDAD?

Soy de las personas que les gustan las tablas y cuadros estadísticos para tener una visión de conjunto sobre los temas en cuestión. Por ello he elegido esta fórmula para mostrar la variedad existente en los distintos elementos que conforman las prestaciones de desempleo de los Estados Miembros.

Del estudio de estos cuadros se puede concluir o al menos yo lo hago, que el principio de la entropía está presente en el escenario de las prestaciones de desempleo de las distintas legislaciones nacionales. A este respecto, es posible que esta pluralidad y diversidad de los sistemas nacionales responda al fracaso de la creación de un mercado de trabajo europeo que integre los 28 mercados laborales de los Estados Miembros. Y es que los teóricos estudiosos del inexistente mercado europeo siempre pregonan las futuras virtudes de un escenario virtual que nunca se materializa finalmente. Porque la realidad es que los mercados laborales nacionales y los correspondientes seguros nacionales de desempleo parecen actuar como departamentos estancos que se comunican en ocasiones parcialmente a la hora de aplicar la libre circulación de trabajadores y los Reglamentos 883/04¹⁸ y 987/09¹⁹. De todos modos, la coordinación de

regímenes de Seguridad Social es un remedio imperfecto que no puede propiciar, por sí solo, la movilidad laboral que el hipotético mercado laboral europeo requeriría. Para conseguir este objetivo sería imprescindible profundizar en la armonización de los requisitos y condiciones de los seguros nacionales de desempleo. Por ello, deberíamos reflexionar si la opacidad de los mercados laborales nacionales y de los correspondientes seguros de desempleo no esté sirviendo como instrumento y herramienta para la protección del mercado nacional y, como consecuencia, representa, per se, una barrera para el desarrollo de un mercado laboral europeo.

Como en los párrafos precedentes hemos utilizado el término entropía, nada mejor que seguir con la fórmula de los cuadros estadísticos para que el lector saque sus propias conclusiones.

Resultaría conveniente incidir en la variedad de las tasas de sustitución en Europa que oscilan entre el 13 % del Reino Unido y más del 80% en Luxemburgo. Nuestro país, con una media superior al 60% está colocado en una zona alta, al igual que nuestros vecinos Portugal y Francia.

En su conjunto, las tasas de sustitución son de alrededor del 50 % en la Eurozona y de aproximadamente un 40% en países fuera de la moneda común.

Por otra parte, y desde una perspectiva diferente, debemos analizar otro de los elementos esenciales del seguro de desempleo: la duración de la concesión de las prestaciones. En este sentido, el cuadro siguiente muestra este aspecto en base al número de semanas de percepción de las prestaciones de desempleo para un trabajador medio en 27 Estados miembros de la UE.

También en este caso las diferencias son importantes. Así mientras Lituania solamente reconoce 21 semanas, Bélgica puede otorgar a sus desempleados prestaciones por una duración ilimitada. España se coloca en el grupo de cabeza, detrás de Bélgica conjuntamente con Francia y Finlandia.

¹⁸ Reglamento (CE) nº 883/2004 del parlamento europeo y del consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166 de 30.4.2004, p. 1).

¹⁹ Reglamento (CE) nº 987/2009 del parlamento europeo y del consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, so-

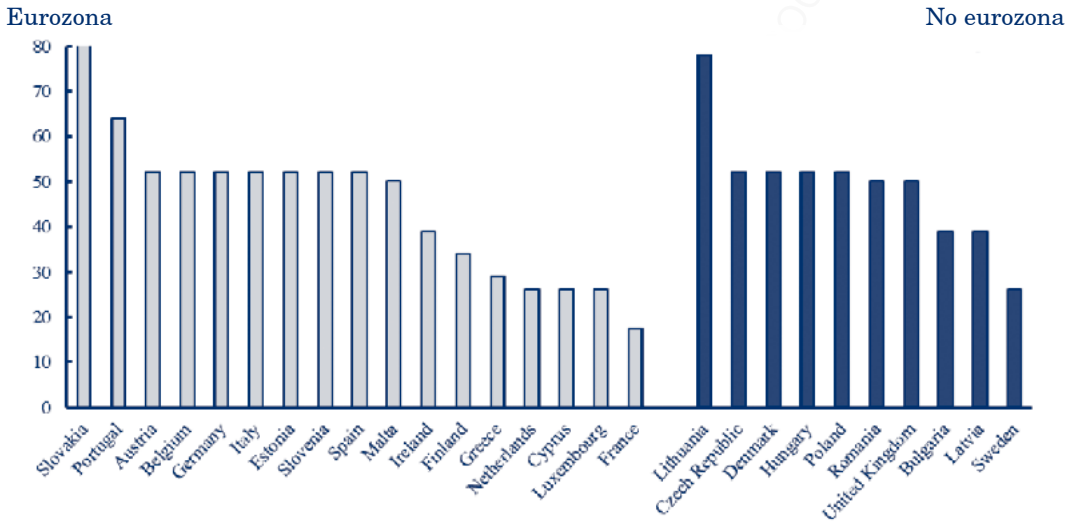
bre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 284, 30.10.2009, p.1).

El promedio de la duración en la concesión de la prestación es considerablemente más alto entre los países de la Eurozona que en la de los países fuera de la zona. Actualmente, excluyendo a Lituania, todos los países tienen una duración de las prestaciones de al menos 26 semanas, lo que permite colegir que podría

existir e un elemento común que podría servir a la hora de diseñar el SDE.

Pasemos a analizar uno de los requisitos esenciales constitutivos del seguro de desempleo: periodo de carencia exigido para acceder a las prestaciones.

PERIODO DE COTIZACION EXIGIDO PARA EL ACCESO A LAS PRESTACIONES*



Fuente: Social Policy Indicator Database (SPIN).

Una modificación reciente legislativa en Portugal ha bajado el periodo de carencia a 52 semanas.

Aunque hay una gran diferencia entre los períodos de carencia en los distintos Estados (menos de 20 semanas en Francia frente a 156 semanas en Eslovaquia), la variación entre los restantes países es mínima. Aproximadamente la mitad de los países exigen períodos de carencia entre 50 y 52 semanas. En este sentido existe un núcleo duro, formado por Austria, Bélgica, Alemania, Italia, Estonia, Eslovenia, España y Malta cuyas legislaciones están alineadas en la exigencia

de un período de carencia de alrededor de las 50 semanas.

Este período, 50 semanas, podría servir como base para una futura armonización de los distintos seguros de desempleo nacionales, sin que constituya un impedimento para que las legislaciones más protectoras puedan continuar ofreciendo unas mejores condiciones para los trabajadores que se encuentren en situación de desempleo.

Desde otra perspectiva, es necesario referirse a uno de los elementos clave para la creación en el futuro de un SDE: la financiación de dicho seguro a través de las cotizaciones de empresarios y trabajadores.

Como puede observarse, las diferencias entre las legislaciones de los seguros de desempleo de los Estados Miembros presentan un escenario variopinto en el que conviven cotizaciones del 7,05% sobre los salarios per-

COTIZACIONES AL SEGURO DE DESEMPLEO SOBRE LOS INGRESOS PERCIBIDOS. PORCENTAJE SOBRE EL SALARIO*

ALEMANIA	3%	ITALIA	1,61% a 3,01%
AUSTRIA	6%	POLONIA	2,45%
BULGARIA	1%	REPUBLICA ESLOVENA	0,20%
CROACIA	1,7%	REPUBLICA ESLOVACA	2%
CHEQUIA	1,2%	SUECIA	2,64%
DINAMARCA	Variable	ESPAÑA	7,05%
ESTONIA	1,2%	OTROS (BELGICA, IRLANDA, MALTA, PORTUGAL)	Incluida en la cotización general
FRANCIA	5%	LUXEMBURGO	Impuesto solidario. Aportaciones del Estado
GRECIA	5%		

*En algunos Estados existen topes de ingresos.

Fuente: Elaboración propia en base a las tablas de Missoc.

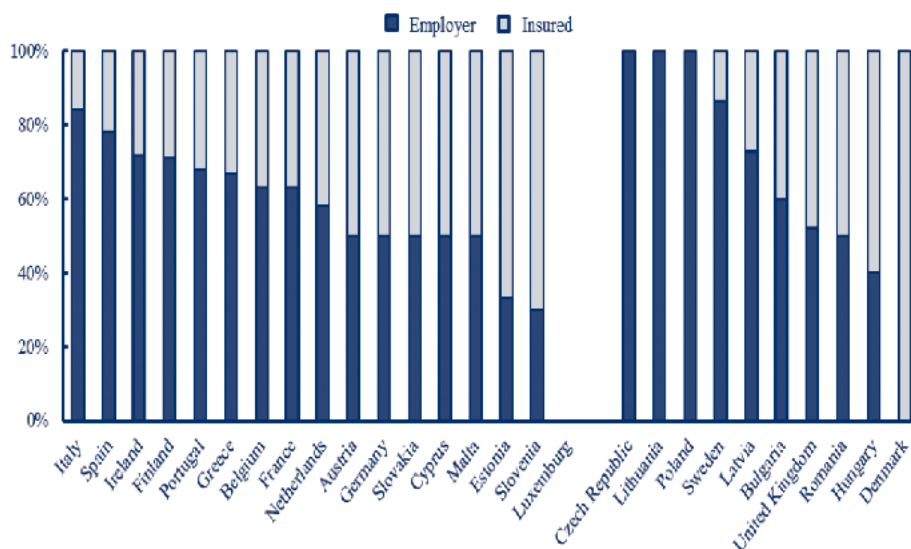
cibidos (España) y la ausencia de cotización específica para esta contingencia (Luxemburgo, impuesto solidario y aportaciones del Estado), pasando por cotizaciones mínimas (Eslovenia 0,2%).

elemento clave va a ser el reparto de las cotizaciones entre trabajadores y empresarios.

También en este caso no se puede hablar de una tendencia generalizada mayoritaria sino de una diversidad heterogénea que, sin embargo, podría reconducirse a un modelo válido para la mayor parte de los Estados.

Continuemos con el tema de la financiación que puede ser un punto de debate para el futuro diseño del SED. A este respecto, un

FUENTES DE FINANCIACION. EMPRESARIOS TRABAJADORES*



Fuente: Social Security Programs Throughout the World. Negrita, aportación de los empleadores. Gris, cotización de los trabajadores

7. ¿LA AUSENCIA DE UNIFORMIDAD DE LOS SEGUROS DE DESEMPLEO EUROPEOS IMPOSIBILITA LA CREACIÓN DE UN SDE?

Si los Estados miembros de la UE estuvieran dotados de un régimen del seguro de desempleo idéntico o muy similar sería relativamente fácil, siempre que hubiera voluntad política, desarrollar un SDE. No obstante, no vale la pena quejarse ni amilanarse ante las dificultades existentes.

De todos modos, aunque en principio parece imposible, sobre todo después de lo que se ha señalado en párrafos precedentes, puede esbozarse un modelo europeo que sirva para promover mejoras en aquellos seguros menos evolucionados, conservando los avances de aquellos otros seguros más generosos. En este sentido, la creación de un SDE no puede ser la coartada para proceder a recortes o disminuciones de la protección para aquellos Estados que cuentan con un régimen más ventajoso para los trabajadores desempleados.

Una primera opción sería estudiar y diseñar un standard europeo en el que cupieran la mayor parte de las legislaciones de los Estados Miembros y analizar qué países se alejan marcadamente de este modelo teórico, examinando vías y soluciones para poder acercarlos a los patrones generales.

Otra posibilidad, para el diseño del SDE, es proceder a la búsqueda de un mínimo común denominador que puede servir como núcleo básico de una actuación convergente. A título de ejemplo, podría fijarse un período de cotización de 50 semanas para el acceso a las prestaciones contributiva con una tasa de reemplazo entre 60 y 80% y un período de disfrute de 26 semanas.

En fin, la situación, aunque difícil no es imposible. No obstante, es la voluntad política en la Unión Europea la que mueve montañas. En este sentido, y como aspecto positivo deberíamos señalar que las variaciones entre las legislaciones de desempleo de los Estados de la Eurozona son menores que la existente entre los países que no forman parte de la zona Euro. Podríamos explorar, primeramente, esta vía en la Eurozona para, posteriormente extender el SDE a otros Estados Miembros.

8. FUNDAMENTACION BÁSICA DEL SDE

Resulta sorprendente que hayan sido los economistas y no los juristas o los profesionales de la Seguridad Social los que han promovido la creación de un SDE. Y sin embargo resulta lógico y coherente. La crisis de 2008, golpeó con gran intensidad a la Eurozona y especialmente los Estados de la Cuenca del Mediterráneo que, con una deuda pública muy elevada y un desempleo masivo, se vieron obligados, con el fin de proteger a sus nacionales y ante la disminución de recursos propios, a abonar elevadísimos intereses para poder financiar las prestaciones de desempleo y otras prestaciones sociales. El precio pagado fue altísimo ya que tuvieron que recortar otras partidas (inversión, I+D, obras públicas) que hubieran facilitado una más rápida recuperación. En este sentido, puntualizaban Miroslav Beblavy e Iaria Maselli²⁰. *“La crisis del euro ha mostrado que la prima de riesgo en los distintos Estados puede divergir considerablemente. Así, a partir de 2010, para algunos países de la periferia se convirtió no sólo en muy difícil, sino también en muy caro pedir prestado en el mercado. Por lo tanto, las elevadas tasas de interés provocaron que, para la financiación del gasto público, en el que se incluye los gastos de las políticas del mercado de trabajo, se tuviera que abonar precios muy altos. Por ello, algún gobierno que se ha tenido que enfrentar a duros restricciones fiscales, ha tenido que optar por el recorte en las ayudas, precisamente cuando son más necesarias, es decir cuando el desempleo se está disparando y los puestos de trabajo resultan escasos”*.

Se ha constatado que en la Eurozona, en especial a partir de la crisis de 2008, se han incrementado y no disminuido, como teóricamente se presumía, las diferencias entre los Estados, lo que ha puesto en duda la capacidad de la Unión Europea para lograr sus objetivos básicos en relación con el crecimiento económico equilibrado, pleno empleo, progreso social y bienestar de sus pueblos.

²⁰ An Unemployment Insurance scheme for the euro area: A simulation exercise of two options. CEPS SPECIAL REPORT n° 98/December 2014.

A este respecto, Joseph E. Stieglitz²¹ lúcidamente aseveraba: “Europa tiene sus problemas, provocados principalmente por el hecho de que los países se unieron a fin de crear una Unión monetaria sin tomar las oportunas medidas políticas e institucionales para que esa Unión funcionara, y van a tener que pagar un elevado precio por ese fracaso”.

Y es esta problemática lo que ha hecho y sigue haciendo a Europa tan vulnerable, tanto en el sentido económico como desde el político. En efecto, Europa y concretamente la Eurozona ha carecido de instrumentos financieros para apoyar a los países en crisis con dificultades de financiación en los mercados. En consecuencia, al no ser ya posible la solución habitual, la devaluación de la divisa, se ha producido una devaluación interna de los salarios y un incremento exponencial del desempleo, lo que ha socavado la demanda interna y ha ralentizado la recuperación económica.

Este planteamiento ha sido corroborado por Florian Mayneris²² quien señalaba “la creación de la moneda única ayudó en su día a ofrecer respuestas a los desequilibrios existentes como consecuencia del incremento de los intercambios comerciales entre los Estados miembros de la Unión. De hecho, la volatilidad en los tipos de cambio entre las monedas y las devaluaciones competitivas de las distintas divisas entorpecía grandemente la actividad de las empresas. Esta inestabilidad ha desaparecido “de facto” con la introducción del euro. La moneda única es también la última gran gesta para avanzar en el camino de la integración europea. Sin embargo, la crisis en la zona euro ha patentado las deficiencias de la unión monetaria, tal como quedó configurada por el Tratado de Maastricht. Sin embargo, la zona euro estaba desprotegida y poco preparada para hacer frente a las crisis de deuda soberana y bancaria de alguno de sus Miembros y se ha mostrado impotente para activar políticas fiscales apropiadas en caso de grave y prolongada recesión. Estas deficiencias del euro han creado nuevos desequilibrios y son precisamente estos

desequilibrios los que deben en el día de hoy ser superados. Y es que la creación de la moneda única ha reforzado las interdependencias financieras entre los países miembros de la zona. El problema es aún más arduo e en el caso de grave crisis ya que las políticas fiscales nacionales están parcialmente condicionadas por los mecanismos de vigilancia presupuestaria y por el criterio de un déficit público no superior a 3%... Normalmente los Estados tienen dos herramientas para estabilizar sus economías en caso de gran impacto coyuntural: la política monetaria y la política presupuestaria. Sin embargo, la moneda única ha desposeído a los Estados de estas dos herramientas sin que el Tratado haya previsto otras herramientas alternativas”²³.

Es decir, las crisis asimétricas en la Eurozona, es decir aquellas que afectan fundamentalmente a un Estado en concreto, ya no pueden combatirse con los medios tradicionales. De hecho se produce un círculo vicioso: Las crisis económicas impactan fundamentalmente en el empleo. Los Estados deben utilizar sus menguados recursos económicos en la protección a los desempleados, sustrayendo medios económicos importantes que podrían ser utilizados para la recuperación económica.

Debe reconocerse que la contención fiscal, la política monetaria expansiva, la movilidad laboral y la devaluación salarial no han actuado como se esperaba y la salida de la crisis ha sido mucho más lenta y dura en Europa que en Estados Unidos.

Por todo ello, en los últimos años, ha habido llamadas generalizadas para la creación de un estabilizador automático supranacional al haber quedado claro que los tradicionales mecanismos de estabilización son insuficientes para enfrentar los shocks (asimétricos). Así, el quinto Informe de los Presidentes (Juncker 2015)²⁴ ha planteado la necesidad de que se den pasos importantes para un mayor fortalecimiento de la UEM, introduciéndose, por ejemplo, estabilizadores macroeconómicos, sin precisar un diseño específico de estos estabilizadores. Por

²¹ “El precio de la desigualdad: El 1 % de población tiene lo que el 99 % necesita” Editorial Taurus 2012.

²² «Pour une assurance chômage européenne». Terra nova. La fondation progressiste. Nota 1/13 www.tnova.fr

²³ El subrayado es del autor.

²⁴ Informe de los cinco presidentes: «Realizar la Unión Económica y Monetaria».

ello, el seguro de desempleo, aun sin haber sido mencionado, podría servir, conjuntamente con otros estabilizadores, para dicho fin.

A tal efecto, la Comisión Europea y el Parlamento encargaron en 2016 un estudio²⁵ sobre la viabilidad de un SDE. Una síntesis de este estudio fue publicada por la Comisión Europea²⁶. En base a estos dos trabajos se ha relanzado esta idea que parece ha sido acogida con interés por los dignatarios europeos.

La gran ventaja del SDE sobre otros mecanismos estabilizadores es que actúa mucho más rápidamente, proporcionando una fuente de ingresos para los desempleados lo que posibilita que el consumo no se hunda o se reduzca de manera abrupta. Además, el desempleo es fácilmente evaluable y cuantificable a través de los ya existentes mecanismos estadísticos (EUROSTAT).

En principio, podría imaginarse un sistema muy simple bajo el cual los países reciben fondos si su situación económica cíclica nacional es mala en términos absolutos o se desvían fuertemente del ciclo económico en la Unión Monetaria en su conjunto.

Y es que como señalan Léo Aparisi de Lannoy y Xavier Ragot²⁷ *“El retorno al crecimiento económico no puede hacer olvidar la mala gestión de la crisis a nivel europeo en su aspecto económico, social y político. Las divergencias en las tasas de desempleo, los saldos en cuenta corriente y las deudas públicas entre los países de la zona del euro nunca se han afrontado en décadas. La gobernanza europea debe apuntar a una mayor eficiencia económica para reducir el desempleo y las desigualdades, compatibilizando los intereses políticos y financieros de la Unión con las políticas nacionales. La constitución de un SDE cumple estos criterios”*.

²⁵ Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión (Contrato VC / 2015/0006). En este estudio participó el autor de este trabajo.

²⁶ Feasibility and Added Value of a European Unemployment Benefits Scheme. Miroslav BEBLAVÝ KAROLIEN LENAERTS. CEPS. ISBN: 978-94-6138-576-5 © European Union, 2017.

²⁷ Oune (Ré) Assurance Chômage Européenne Léo APARISI DE LANNOY et Xavier RAGOT OFCE Sciences Po Paris 28 ç30 novembre 2017.

9. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL SDE

Uno de los aldabonazos más importantes de los últimos tiempos sobre la problemática social en la Unión Económica y Monetaria y en especial en algunos Estados de la cuenca mediterránea, lo constituyó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *“Reforzar la dimensión social de la unión económica y monetaria”*²⁸. En este documento, la Comisión Europea, si bien de una manera tenue y casi de puntillas, recordaba la existencia del artículo 9 del TFUE que textualmente establece *“En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá 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”*.

Pues bien, y en relación con el desempleo, objeto de este trabajo, el documento de la Comisión comienza a ofrecer ciertas pistas y claves al señalar *“El desempleo y los problemas sociales implican pérdidas de ingresos para partes significativas de la población o para la sociedad en su conjunto. También frenan la competitividad y el potencial de crecimiento de las economías afectadas, debido a la infrutilización del capital humano presente y futuro, o a la falta de inversiones. Un desempleo y unas desigualdades sociales persistentes pueden debilitar el apoyo político y público y pueden afectar a la estabilidad de los gobiernos y a su capacidad para aplicar políticas sólidas. Sin una actuación colectiva a fin de garantizar que los desafíos sociales y de empleo se aborden a tiempo y de manera eficaz, pueden aparecer disparidades que duren mucho tiempo”*.

Con estas declaraciones la Comisión abandonaba su tradicional posición de *“laissez faire, laissez passer”* para buscar compromisos, apostando, no sabemos con qué

²⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *“Reforzar La Dimensión Social de la Unión Económica y Monetaria”* Bruselas, 2.10.2013 COM(2013) 690 final.

firmeza, por una dimensión social de la UEM que podría definirse como el “desarrollo de la capacidad de los actuales mecanismos de gobernanza económica y de los instrumentos políticos a fin de tener en cuenta los desafíos relacionados con el empleo y las políticas sociales en la UE, ayudando a todos los Estados miembros a alcanzar su potencial de crecimiento y empleo y a mejorar la cohesión social, en línea con los objetivos de la UE”.

Uno de los primeros pasos de esta dimensión social de la UEM, al menos a nivel de propuesta de estudio, fue el lanzamiento de la idea de un SDE.

La primera información fidedigna de que la Comisión Europea estaba claramente implicada en un diseño hipotético de un SDE se plasmó en la publicación, el 4 de octubre de 2013, del documento “Paper on Automatic Stabilisers”²⁹ que analiza en profundidad aspectos teóricos y prácticos de la introducción de dicho seguro y que es material obligado de estudio para análisis posteriores. Por supuesto, como suele ser habitual en la Comisión Europea, este documento, elaborado por expertos independientes “no refleja necesariamente la opinión de la Comisión Europea”. Sin embargo, el simple hecho de su publicación auspiciada por la Comisión implicó que se había dado el pistoletazo de salida en una carrera hacia no se sabía muy bien dónde.

Desde el punto de vista político resultan de sumo interés las declaraciones del anterior Comisario de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, señor Laszlo Andor que pronunció sendos discursos el 13 de Junio del 2014 en Berlín y el 29 de Septiembre del 2014 en Viena³⁰ y de los que entresacamos una serie de frases de especial impacto que adelantan las características del teórico SDE. “Un régimen de SDE respondería a una razón económica de gran importancia ya que

suministraría un predecible y limitado estímulo a corto plazo a aquellas economías que arrostran un significativo declive en el ciclo económico, situación ésta que va a ser experimentado en algún momento por todas las economías”. “Los aspectos laborales y sociales son, probablemente, los factores decisivos para la sostenibilidad y legitimación de la Unión Monetaria”. “El desempleo es un indicador cuyas grandes ventajas grandes son que sigue muy de cerca la evolución del ciclo económico, es fácilmente comprensible y rápidamente mensurable”. “Una solución sería diseñar un SDE básico, que sustituiría parcialmente a los sistemas nacionales. Los niveles de cotización y de prestación deberían ser el resultado de un mínimo común denominador de las normas de los distintos sistemas nacionales. El régimen debe centrarse claramente en el desempleo cíclico causado por una caída en la demanda agregada y no en el desempleo estructural causado por los desajustes del mercado de trabajo. Por ejemplo, la prestación básica de desempleo europeo se pagaría sólo por los primeros 6 meses de desempleo y la cantidad representaría el 40% del salario de referencia. Estos parámetros exactos, por supuesto, deben ser discutidos y dependerían del efecto de estabilización macroeconómica deseado. Los requisitos para tener derecho no deberían ser demasiado estrictos, para que los trabajadores con empleo de corta duración o a tiempo parcial pudieran beneficiarse de este seguro”. “Cada Estado miembro sería libre de imponer una cotización adicional y abonar un subsidio de desempleo más alto o de más larga duración que este SDE. Lo que el régimen europeo haría es garantizar un nivel básico de apoyo durante el desempleo a corto plazo. Fundamentalmente, este seguro básico de desempleo europeo ayudaría los Estados miembros a compartir una parte del riesgo financiero asociado con el desempleo cíclico. Los ciudadanos se beneficiarían directamente de la solidaridad de la UE en momentos de dificultad, y los Estados miembros estarían obligados a mejorar sus servicios de empleo y las instituciones del mercado de trabajo en emulación con los mejores estándares de la UE. Los demandantes de empleo continuarían siendo atendidos por los servicios públicos de empleo nacionales. Sin embargo, todos los meses las autorida-

²⁹ Paper on Automatic Stabilisers Brussels, 04 October 2013. Olivier BONTOUT and Guy LEJEUNE, Magdalena CIESIELSKA, Roberta DI GIROLAMO, S. DULLIEN and J. PALME.

³⁰ Ver a estos efectos la publicación de ZBW LEIBNITZ “Information Centre for Economics, Intereconomics” 2014/4.

des nacionales enviarían al fondo europeo las cotizaciones correspondientes a todos sus trabajadores. Del mismo modo, cada mes, el fondo europeo pagaría a las autoridades nacionales una cantidad correspondiente a la suma de todas las cantidades abonadas como consecuencia de la aplicación del SDE. En principio, cada país, por lo tanto, transferiría cada mes una la cotización global y recibiría un pago global del sistema europeo. El sistema de SDE supondría alrededor de 1% del PIB³¹.

Aunque las declaraciones del Comisario Andor se remontan a años atrás, siguen siendo totalmente válidas. Y es que, no puede olvidarse, que la adopción de un SDE requiere y requerirá un larguísimo proceso de debate en el que debe decidirse, además de la conveniencia, oportunidad política y fundamentación jurídica, el contenido del seguro y, en especial, el campo de aplicación personal (trabajadores por cuenta ajena solamente o también trabajadores por cuenta propia), la contingencia protegida (desempleo involuntario o también desempleo voluntario) así como otros aspectos técnicos substanciales tales como topes máximos, tasa de sustitución, duración de la prestación, carencia exigida, periodo de espera, cotizaciones durante la percepción de la prestación etc.

10. EL ANTECEDENTE AMERICANO Y CANADIENSE

El precedente americano³¹ del seguro federal de desempleo³² puede servir de brújula para la desorientada Europa.

La década de los veinte registró en Estados Unidos una prosperidad económica rota por la muy anunciada pero no esperada crisis de 1929 iniciada (¿provocada?) por la quiebra de la Bolsa de Nueva York el 29 de octubre

³¹ Para estudiar en profundidad el seguro de desempleo americano ver El seguro de desempleo en los Estados Unidos desde una perspectiva histórica Miriam NAVA ZAZUETA CLÍO, 2002, Nueva Época, vol. 1, núm. 28.

³² A diferencia de la Unión Económica y Monetaria Estados Unidos cuenta además de con un Banco Central (comparable con el BCE) con un sistema centralizado impositivo y de Seguridad Social.

de 1929. En 1931 el desempleo afectó una de cada seis familias. Por aquel entonces no existía seguro de desempleo lo que agravó la crisis social. Lamentablemente, la ayuda gubernamental tardó años en llegar³³, estableciéndose finalmente en 1935 el Seguro de Desempleo dentro Acta de Seguridad Social.

El seguro de desempleo en Estados Unidos es uno de los mecanismos de aseguramiento mutuo de naturaleza fiscal diseñados para atenuar las consecuencias negativas de las perturbaciones económicas. Este sistema se basa en la complementariedad de las prestaciones federales y estatales, cuyo comportamiento es muy diferente en períodos normales y de crisis. Así, el sistema de seguro de desempleo americano es competencia principal de los Estados en los períodos normales, mientras que la Federación pasa a adoptar un papel activo en los períodos de crisis, suavizando el impacto negativo de las crisis económicas sobre el consumo de los hogares y mitigando los efectos heterogéneos entre Estados.

El sistema se basa en la constitución de reservas, generadas en épocas de crecimiento, para financiar el desempleo.

Principalmente son los Estados quienes establecen los requisitos mínimos para el otorgamiento de las prestaciones y los que se encargan de la administración y gestión del programa. A este respecto, una de las obligaciones que impone la Federación es que el seguro de desempleo sea pagado por oficinas públicas.

Roosevelt estableció que dicho programa sería autofinanciable a través del pago de un impuesto/ cuotas patronales sobre el sueldo de todos los trabajadores, constituyéndose un fondo de reserva para periodos con altos índices de desempleo.

El porcentaje de impuesto/cotización varía actualmente de Estado a Estado entre el 0.6 y el 4.9 % (El promedio es de 2.2% entre los Estados).

³³ New Deal.1933. Franklin D. Roosevelt.

La cuantía del impuesto (cotización) varía de empresa a empresa, según los índices de desempleo, registrada en la misma en los últimos tres años, de ese impuesto, nueve de diez partes son de impuesto estatal que va al fondo de seguro de desempleo, y el resto corresponde a la federación, que es con lo que se cubren los gastos administrativos.

En tiempos normales, las personas en desempleo involuntario, tienen derecho a prestaciones durante un período de 20 a 30 semanas, los importes de las prestaciones van desde el 35% sobre los últimos salarios en Alaska al 60% en Hawái.

Para evitar cualquier obstáculo a la movilidad laboral, elemento éste que actúa como un mecanismo efectivo de ajuste natural frente a este tipo de choques, las prestaciones deben pagarse por el Estado en el que el trabajador ha adquirido el derecho, independientemente de donde resida.

En época de crisis, el gobierno federal puede mitigar posibles problemas de liquidez a través de préstamos de la cuenta federal a las cuentas de los Estados. Los préstamos ayudan a los Estados, aportándoles financiación a intereses reducidos, en un momento en que los intereses del mercado pueden ser más elevados. Además el gobierno federal puede hacer transferencias dirigidas directamente a proteger a personas desempleadas.

Estas transferencias sirven para prolongar temporalmente las prestaciones, activándose cuando la tasa de desempleo es más elevada que en cualquiera de los tres años anteriores.

Como Silvia Albrizio, Juan Carlos Berganza e Iván Kataryniuk³⁴ señalan *“El seguro de desempleo en Estados Unidos es uno de los mecanismos de aseguramiento mutuo de ámbito fiscal diseñados para atenuar las consecuencias negativas de las perturbaciones económicas. Este es un elemento diferencial respecto a la Unión Monetaria Europea, que*

³⁴ El seguro de desempleo federal en Estados Unidos. Boletín Económico 2/2017. Banco de España. Artículos Analíticos. 25 de mayo de 2017

carece de instrumentos de estabilización fiscal automáticos para el conjunto del área; por ello, los costes derivados de las perturbaciones deben ser asumidos por cada país, lo que dificulta un funcionamiento homogéneo del área”.

Es de destacar igualmente lo que subrayan O’Leary, Christopher J., and Burt S. Barnow³⁵ *“La financiación del sistema de desempleo de los Estados Unidos es muy compleja y su estructura tiene ventajas y desventajas que deben ser tenidas en cuenta por la UE. La experiencia de los Estados Unidos puede ofrecer algunas ideas útiles para la UE. La UE debería considerar si las intervenciones por crisis deberían efectuarse con anticipación tal como se desarrolla el programa de desempleo en los Estados Unidos que opera de forma automática a medida que se desarrollan las crisis en EE.UU.”.*

Por otra parte, también el ejemplo canadiense puede servir para el SDE, tal como Donna E. Wood³⁶ resalta: *“Durante la Gran Depresión de la década de 1930, fue necesaria una crisis de desempleo para que todos los gobiernos de Canadá finalmente aceptaran una enmienda constitucional en 1940 que reajustó la responsabilidad del seguro de desempleo al nivel federal. ¿Son las crisis que aún persisten en 2017 el momento adecuado para intentar realizar cambios similares en la arquitectura básica de la UE? Algunos dirían que un SED es «una especie de ciencia ficción política». Otros dirían que no hay mejor momento para empezar a considerarlo”.*

11. MODELO GENUINO DE SDE VERSUS MODELO EQUIVALENTE

En el diseño de un SDE, los legisladores, si finalmente se decantan políticamente por esta idea, podrán optar por una de las dos fórmulas que los expertos han manejado en los últimos meses: seguro de europeo genuino o equivalente.

³⁵ Christopher J. O’LEARY, Burt S. BARNOW. Lessons from the American Federal-State unemployment insurance system for a European unemployment benefits system Year 2016 Series Upjohn Institute working paper; 16-264 DOI 10.17848/wp16-264. Upjohn Institute Working Papers.

³⁶ A European Unemployment Benefits Scheme: Lessons from Canada. Donna E. Wood nº2017/02, January 2017. CEPS. Working documents.

Ambos enfoques, genuinos y equivalentes, tienen sus ventajas e inconvenientes y la elección de uno de ellos responderá probablemente a criterios claramente políticos.

El sistema genuino podría ser más visible entre los ciudadanos europeos y podría convertirse en una prueba tangible de la solidaridad europea.

El sistema equivalente sería mucho más fácil de aceptar por Gobiernos y por la opinión pública y permitiría, al ser menos arriesgado, un desarrollo e implementación más factible y rápido.

Un elemento común al modelo equivalente o genuino es su total exportabilidad sin las trabas y barreras todavía existentes en los Reglamentos 883/04 y 987/09. De este modo se conseguiría una movilidad de los desempleados para buscar trabajo fuera de su Estado de origen, potenciándose, de esta manera, el mercado laboral europeo.

11.1. Modelo equivalente

Es el menos ambicioso y no comporta “*stricto sensu*” un proceso armonizador. Ahora bien, aunque no sea ésta su vocación, no puede descartarse, de manera indirecta, totalmente esta vía.

En principio se trataría, al menos teóricamente, de una modalidad de transferencias económicas. Los países pagarían contribuciones a un fondo *ad hoc* y recibirían transferencias del fondo cuando se alcanzase un cierto nivel de desempleo.

Las características fundamentales de este sistema serían las siguientes:

- a) Las transferencias financieras se realizarían entre el fondo europeo y las Instituciones de los Estados afectados, sin que los desempleados fueran los receptores directos (pero sí indirectos) de las aportaciones de este fondo.
- b) Las transferencias se activarían cuando se alcanzase un determinado nivel de desempleo o se produjera un incremento sustancial del mismo en un periodo concreto. Por

ejemplo, tal como apuntan algunos expertos, las transferencias se iniciarían a cuando se produjera un nivel de desempleo a corto plazo por encima del umbral medio de los últimos 10 años.

- c) No se modifica obligatoriamente el seguro de desempleo nacional que se mantendría en sus elementos esenciales, aunque podrían ser modificados ciertos aspectos del mismo.
- d) Los correspondientes reembolsos se realizarían en base a una serie de requisitos y condiciones. Así por ejemplo podría reembolsarse a los Estados afectados las prestaciones reconocidas a los desempleados de corta duración, durante X meses, hasta una determinada cantidad y siempre que el interesado hubiera cotizado X meses con anterioridad a la situación de desempleo.

Por otra parte, el sistema equivalente entraña el peligro de provocar que algunos países se convirtieran en receptores netos permanentes o en contribuyentes netos. Precisamente para evitar que algunos Estados puedan ser beneficiarios o contribuyentes permanentes del fondo supranacional, se podría introducir un mecanismo de reequilibrio por el que las aportaciones estatales para financiar el fondo supranacional aumenten o disminuyan teniendo en cuenta la experiencia y práctica en los últimos años en el ámbito de desempleo. Así si un país fuera beneficiario neto del fondo durante varios años, debería incrementarse la referida aportación estatal mientras que otro Estado que se encuentre en una situación contraria, debería reducirse su contribución al fondo supranacional.

De todos modos, y tal como señala Daniel Gros³⁷, el problema de posibles transferencias permanentes hacia la periferia de la Eurozona no parece probado ya que “*Los análisis de simulación sugieren que, desde la perspectiva del largo plazo, es probable que pocos Estados miembros mantengan constantemente el papel de contribuyentes o beneficiarios netos*”.

³⁷ The Stabilisation Properties of a European Unemployment Benefits Scheme. 14 September 2016.CEPS Commentary

Asimismo, debe evitarse por todos los medios lo que se denomina riesgo moral (moral hazard) que se produciría si por ejemplo el fondo supranacional fuera el responsable del pago de las prestaciones y los Servicios de Empleo nacionales fueran competentes, por ejemplo, para la formación de los desempleados o para adoptar e implementar las medidas de activación o de recolocación. En efecto, esta especie de esquizofrenia puede ser muy perjudicial si, al desvincularse el pago de la colocación, los esfuerzos de los Estados para combatir el desempleo se suavizaran o mitigaran.

En este sentido, conviene recordar lo señalado por Léo Aparisi de Lannoy y Xavier Ragot³⁸ *“Al mismo tiempo, es necesario evitar las transferencias permanentes y no distorsionar la competencia entre los Estados miembros, no desalentar a los países con alto desempleo a realizar reformas estructurales o a resistir choques simétricos y asimétricos, ya que todos deben creer que su régimen es mucho mejor que los otros, pero también que el principio de subsidiariedad prohíbe a Europa interferir con las políticas sociales del vecino. Estas demandas u oposiciones no son inherentes al seguro de desempleo en particular, sino que se refieren a todas las políticas sociales que podrían integrarse en una «base» común de derechos sociales a nivel europeo”*.

Desde otra perspectiva, Mathias Dolls³⁹, se pregunta y contesta *“¿Llevaría este sistema a transferencias permanentes entre países como determinados críticos subrayan? En principio, este sistema per se, no conlleva redistribuciones permanentes ya que a nivel europeo solo está cubierto el desempleo a corto plazo (en vez del desempleo a largo plazo, estructural). Nuestros cálculos muestran que un pequeño número de Estados miembros hubieran sido contribuyentes netos o receptores netos en cada uno de los periodos analizados. Los mayores contribuyentes netos serían Austria, Alemania y los Países Bajos, con unas aportaciones medias de 0,2-0,42 por ciento de su PIB, mientras que los mayores receptores serían Letonia y España (con unos beneficios*

del 0,33 y 0,53% de su PIB). Nuestro estudio demuestra que bajo este sistema ningún país hubiera sido contribuyente neto o receptor neto permanentemente. En resumen, un sistema europeo de prestaciones por desempleo puede ser considerado como una opción seria para mejorar la resistencia contra próximas crisis económicas en la Eurozona”.

11.2. Modelo genuino básico

A diferencia del modelo equivalente, el modelo genuino sobresale por su ambición cuasi revolucionaria. Se trata de la creación de un auténtico seguro de desempleo europeo que podría iniciar la vía de una armonización futura de los regímenes de seguridad social nacional.

Las características más importantes son las siguientes:

- a) Las transferencias financieras se dirigen directamente a las personas desempleadas a través de los Servicios Nacionales de Empleo. Se trata por tanto de un pago delegado.
- b) Se crea un sistema supranacional de seguro, financiado con cotizaciones nacionales y cuyas prestaciones se abonan a través de los correspondientes Servicios de Empleo de los Estados.
- c) Permite la coexistencia de sistemas nacionales que mejoren el seguro básico europeo de desempleo.
- d) Se debe establecer jurídicamente mediante la adopción de un Instrumento vinculante (probablemente un Reglamento) en el que figuren los elementos esenciales del SDE tales como período de cotización exigido, tasa de sustitución sobre salarios, duración del abono de la prestación, tope máximo, salario de referencia etc. En realidad, se crea un régimen propio con sus propios requisitos y condiciones. Se trata de una armonización completa y muy exigente.

El sistema básico que actualmente se está debatiendo, bascula entre varias opciones o modalidades que pueden entremezclarse:

³⁸ Ver nota 21.

³⁹ Effekte einer europäischen Arbeitslosenversicherung. Mathias Dolls. El Nuevo Federalista. 11 de Marzo de 2015.

- a) Tendrán derecho a las prestaciones europeas, según se el tipo de opción elegido, alternativamente, por ejemplo, todos los desempleados que hayan sido empleados al menos 3 meses en los últimos 12 meses, o bien tres meses en los últimos 6 meses o bien 12 meses en los últimos 24 meses.
- b) La tasa de sustitución sobre el salario medio podría ascender al 35%, o al 50% o al 60%.
- c) La duración del abono de las prestaciones sería, bien desde el 4º al 12º mes, bien desde el inicio del desempleo al 12º, mes o desde el 4º al 6º mes.
- d) El tope máximo podría ser el 50%, el 100% o el 150% del salario medio, según se decidiera.

11.3. Modelo genuino elevado

Una alternativa al sistema genuino básico es el sistema genuino elevado que solamente se activa cuando el sistema nacional ofrece una protección menor que el sistema europeo. En dicho caso se producen unas transferencias que sería el resultado de la diferencia entre la cuantía económica de las prestaciones reconocidas por el sistema nacional y las que podría conceder el SDE. En consecuencia, en el caso de que el régimen nacional fuera más generoso que el europeo en todos los elementos, no se producen transferencias ni reembolsos. No obstante, parece difícil que pueda prosperar esta iniciativa que podría provocar una revisión a la baja de los regímenes nacionales de desempleo con el fin de intentar beneficiarse del SDE.

Otra modalidad, mucho más realista y posibilista es que el SDE abone prestaciones básicas y los Estados fueran libres de incrementar, complementariamente a su cargo, la cuantía de las prestaciones o bien actuasen prolongando el período cubierto por el SDE.

12. BASE JURIDICA

Algunos autores han argumentado que es imposible introducir un SED dentro del marco del Tratado existente (Fuchs, 2013). Otros han encontrado una base legal en el marco de

algunas formas SED (Repasi, 2013; Barnard & DeBaere, 2014; Eichenhofer, 2015 y Kullas & Sohn, 2015).

El primer precepto analizado como posible base jurídica del SDE es el artículo 122.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: *“En caso de dificultades o en caso de serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiere controlar, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá acordar, en determinadas condiciones, una ayuda financiera de la Unión al Estado miembro en cuestión. El Presidente del Consejo informará al Parlamento Europeo acerca de la decisión tomada. Sin perjuicio de los demás procedimientos establecidos en los Tratados, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá decidir, con un espíritu de solidaridad entre Estados miembros, medidas adecuadas a la situación económica, en particular si surgieren dificultades graves en el suministro de determinados productos, especialmente en el ámbito de la energía”.*

Aunque podría imaginarse que este artículo podría ser muy adecuado para el propósito de creación del SDE, máxime teniendo en cuenta que una crisis económica asimétrica podría asimilarse a *“acontecimientos excepcionales”*, la *condicionalidad (en determinadas condiciones)* que subyace de este precepto podría implicar la ausencia de un cierto automatismo que es requisito esencial e imprescindible para activar o dar continuación al pago de las prestaciones de desempleo en caso de la modalidad genuina o la ejecución o materialización de las transferencias económicas en el supuesto de modalidad equivalente. Además, los pagos de las prestaciones o la realización de transferencias no constituyen, para el teórico SDE, un acto único sino una acción continuada que parece incompatible con la literalidad del artículo 122.2 del Tratado.

Otro precepto que se está barajando por los expertos de la Comisión Europea es el artículo 174 del TFUE que establece:

“A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Unión, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica, social y territorial.

La Unión se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas.

Entre las regiones afectadas se prestará especial atención a las zonas rurales, a las zonas afectadas por una transición industrial y a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes como, por ejemplo, las regiones más septentrionales con una escasa densidad de población y las regiones insulares, transfronterizas y de montaña”.

Probablemente, por sí solo, este artículo no podría servir como base jurídica única para la creación del SDE. No obstante, no sería descartable que pudiera ser utilizada como complementaria o auxiliar de una base jurídica principal. Además, tampoco debería olvidarse la posibilidad del artículo 175 que desarrolla el referido artículo 174 y que establece:

“Los Estados miembros conducirán su política económica y la coordinarán con miras a alcanzar también los objetivos enunciados en el artículo 174.

Al formular y desarrollar las políticas y acciones de la Unión y al desarrollar el mercado interior, se tendrán en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 174, participando en su consecución. La Unión apoyará asimismo dicha consecución a través de la actuación que realiza mediante los fondos con finalidad estructural (Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección “Orientación”; Fondo Social Europeo; Fondo Europeo de Desarrollo Regional), el Banco Europeo de Inversiones y los otros instrumentos financieros existentes.

Si se manifestare la necesidad de acciones específicas al margen de los fondos y sin perjuicio de las medidas decididas en el marco de las demás políticas de la Unión, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar dichas acciones con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones”.

A este respecto, este párrafo subrayado también podría aprovecharse, quizás de manera secundaria, para completar una base jurídica principal.

Explorando otras alternativas, nos encontramos con el artículo 114 del TFUE que en su apartado 1 parece arrojar una luz intensa que ilumina esta cuestión:

“Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”.

¿Hemos encontrado la solución adecuada? Me temo que no porque acto seguido el propio Artículo 114 señala en su apartado 2:

“El apartado 1 no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena”.

Personalmente pienso que, a efectos de una armonización del seguro de desempleo, el artículo 153 no debería dejarse de lado sin una reflexión profunda. En efecto, este precepto establece:

“Para la consecución de los objetivos del artículo 151⁴⁰, la Unión apoyará y completa-

⁴⁰ “La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turin el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión”. Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los

rá la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores;

d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral”.

Bien es verdad que este precepto presupone que la Seguridad Social es competencia nacional y que la Unión solamente puede apoyar y completar la acción de los Estados. Por ello, la armonización a realizar no debería ser excluyente ni exclusiva y debería ser de mínimos, permitiéndose la permanencia de alguna disposición nacional⁴¹ o bien que un Estado pudiera mantener o adoptar un régimen, basado en el Instrumento armonizador, que ofreciese una protección más completa para los trabajadores en desempleo. A este respecto, cualquier medida a este respecto debería tener en cuenta el apartado 4 del artículo 153 del TFUE que señala:

“Las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste ni impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados”.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta, que la elección de este artículo implicaría que el proceso armonizador debería adoptarse por unanimidad, tal como establece este mismo precepto⁴².

procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”.

⁴¹ Ver apartado 4 del Artículo 114 del TFUE: “Si, tras la adopción por el Parlamento Europeo y el Consejo, por el Consejo o por la Comisión de una medida de armonización, un Estado miembro estimare necesario mantener disposiciones nacionales, justificadas por alguna de las razones importantes contempladas en el artículo 36 o relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente, dicho Estado miembro notificará a la Comisión dichas disposiciones así como los motivos de su mantenimiento”.

⁴² “En los ámbitos mencionados en las letras c), d), f) y g) del apartado 1, el Consejo decidirá con arreglo a un procedi-

De todos modos, esta base jurídica sería incompleta ya que requeriría otra adicional que posibilitase las transferencias económicas o el pago directo de las prestaciones de desempleo.

La mayor parte de los especialistas consultados están de acuerdo en que la base jurídica más adecuada sería el artículo 352 del TFUE, que establece :

“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 Europeo”.

Este artículo, o mejor dicho su antecesor, el 235 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, ha servido de base, a título de ejemplo, para la aprobación del Reglamento 1408/71 y para la Directiva 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 (79/7/CEE).

No obstante, el artículo 352, probablemente válido para una armonización de los seguros de desempleo nacionales, debería tener en cuenta asimismo a efectos de transferencias y pagos, lo dispuesto en el artículo 125.1 (cláusula “no bail out” “no rescate”) del TFUE que señala:

“La Unión no asumirá ni responderá de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos. Los Estados miembros no asumi-

miento legislativo especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y a dichos Comités”.

rán ni responderán de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de otro Estado miembro, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos”.

De todas formas, el referido artículo 125 permitiría una interpretación amplia siempre que la asistencia económica prestada a los Estados sirva para estimular políticas presupuestarias sanas y reformas estructurales en el mercado de trabajo. A este respecto, el SDE podría potenciar estas líneas de actuación y contribuir al funcionamiento del mercado interior.

La necesidad de votación unánime en el Consejo para la aplicación del artículo 352 puede ser una ventaja en vez de un inconveniente. En efecto, la unanimidad protegería la competencia nacional en materia de Seguridad Social y el derecho de los Estados miembros a establecer y definir los principios fundamentales de sus sistemas, ya que les concede un poder de veto si estos principios corrieran peligro por la propuesta de SDE. En efecto, hay que tener en cuenta que aunque la introducción de un SDE podría ejercer una cierta presión de facto sobre los Gobiernos nacionales para adaptar los regímenes nacionales al SDE, no obligaría legalmente a los Estados miembros a hacerlo, pudiendo convivir, si así se deseara, regímenes nacionales de desempleo con el SDE.

Corti Varela⁴³ abre la posibilidad de incorporar el artículo 48⁴⁴, como posible fór-

⁴³ CORTI VARELA, J. (2016). Opciones legales para un SDE. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 53, 117-156. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.53.03>

⁴⁴ “El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de 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:

a) 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;

b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros. Cuando un miem-

mula de armonización) del TFUE al señalar “Interpretados de modo flexible, la actual redacción de los arts. 114, 352, 48 y 153 TFUE son base jurídica suficiente para la creación de un SDE para toda la UE tomando como referencia sus efectos beneficiosos para el mercado interior, pero solo un diseño fiscalmente neutro tiene posibilidades de superar el doble escollo del art. 125.1 (no bail out) TFUE y el voto por unanimidad. Dependiendo de si el énfasis se pone en la armonización de seguros de desempleo o solo en el reforzamiento del mercado interior, el art. 114 TFUE se podría combinar bien con el art. 48 TFUE, bien con la cláusula de imprevisión del art. 352 TFUE. El art. 153.2 TFUE puede completar dichas bases en relación con la necesaria armonización de mínimos de los seguros de desempleo nacionales. En los tres casos se debe apelar a la unanimidad”.

Un escenario totalmente diferente, nunca deseable, sería una modificación del Tratado y la introducción de un precepto específico para posibilitar el SED. No obstante, debe reconocerse que esta opción probablemente fuera el certificado de defunción del SDE.

Por todo ello, los expertos consideran que la fórmula más adecuada sería la vía del Artículo 352 o bien, apostar por la Cooperación reforzada⁴⁵ del artículo 20 del TUE con

bro del Consejo declare que un proyecto de acto legislativo de los previstos en el párrafo primero perjudica a aspectos importantes de su sistema de seguridad social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación y en un plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, el Consejo Europeo:

- a) devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario, o bien
- b) no se pronunciará o pedirá a la Comisión que presente una nueva propuesta. En tal caso, el acto propuesto inicialmente se considerará no adoptado.”

⁴⁵ 1. Los Estados miembros que deseen instaurar entre sí una cooperación reforzada en el marco de las competencias no exclusivas de la Unión podrán hacer uso de las instituciones de ésta y ejercer dichas competencias aplicando las disposiciones pertinentes de los Tratados, dentro de los límites y con arreglo a las modalidades contempladas en el presente artículo y en los artículos 326 a 334 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La finalidad de las cooperaciones

Acuerdo Intergubernamental que incluyera únicamente la Eurozona o bien también a otros Estados fuera del Euro.

13. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL SDE

En la gran mayoría de los Estados miembros, el modelo equivalente sería compatible con las normas constitucionales. Sin embargo, en algunos Estados (Austria, Dinamarca, Alemania, legislativos regionales Finlandia, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos) la Constitución exige que la Seguridad Social esté regulada por leyes nacionales lo que podría excluir, indirectamente, Instrumentos emanados de la Unión Europea aplicables directamente. En Alemania, por ejemplo, el principio de Estado social garantiza que el Estado, como tal, sea responsable directo de la seguridad social.

De todos modos, la problemática constitucional, en caso de existir, se podría resolver en todo caso, si se encontrase una base jurídica clara en los Tratados o se introdujera algún nuevo artículo que posibilitase la creación de un SDE.

En este sentido, con el modelo genuino, en caso de implicar una transferencia de las

reforzadas será impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración. Las cooperaciones reforzadas estarán abiertas permanentemente a todos los Estados miembros, de conformidad con el artículo 328 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

2. La decisión de autorizar una cooperación reforzada será adoptada por el Consejo como último recurso, cuando haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto, y a condición de que participen en ella al menos nueve Estados miembros. El Consejo se pronunciará con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 329 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3. Todos los miembros del Consejo podrán participar en sus deliberaciones, pero únicamente participarán en la votación los miembros del Consejo que representen a los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada. Las modalidades de la votación se establecen en el artículo 330 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los actos adoptados en el marco de una cooperación reforzada vincularán únicamente a los Estados miembros participantes. Dichos actos no se considerarán acervo que deban aceptar los Estados candidatos a la adhesión a la Unión.

competencias de los Estados al ámbito de competencias de la Unión Europea, podrían surgir problemas constitucionales en algunos Estados. Sin embargo, si las competencias nacionales se mantuvieran, aunque fuera en parte, y la armonización fuera de mínimos, pudiendo, en su caso, mantener los Estados los principios básicos de su régimen nacional de desempleo o mejorar la protección de los desempleados a través de su ordenamiento legislativo, se solucionarían, muchos de las dificultades que puedan plantearse.

Por otra parte, el modelo equivalente, probablemente, no plantearía grandes dificultades a nivel constitucional siempre que la creación de un Fondo supranacional que realizase transferencias económicas a los Estados tuviera una base jurídica sólida en el Tratado. En cambio, el modelo genuino presenta mayores incertidumbres jurídicas que si bien no imposibilitan la adopción del SED, podrían servir de excusa a algún Estado para oponerse al establecimiento del mismo.

Por último, si algún Estado estuviera obligado a un cambio constitucional, con exigencia de referéndum *ad hoc*, para el establecimiento del SDE, este requisito podría ser la sentencia de muerte del proyecto., máxime teniendo en cuenta que la base preferida por la mayor parte de los expertos, el artículo 352 del TFUE, requiere unanimidad en el Consejo.

14. LA PERSPECTIVA POLITICA DEL SDE. LA OPINION PUBLICA.

Antes de presentar mi posición favorable al establecimiento de un SDE, desearía, como premisa, dar a conocer algunos resultados del Eurobarómetro número 467⁴⁶ dedicado a los aspectos sociales y al futuro de Europa, publicado en Noviembre de 2017. En una encuesta realizada por la Comisión Europea, el 64% de los ciudadanos europeos se mostraron parti-

⁴⁶ Future of Europe Social issues. Special Eurobarometer 467 Survey requested by the European Commission, Directorate-General for Communication and coordinated by the Directorate-General for Communication

darios de la armonización de los sistemas de bienestar de los Estados miembros, mientras el 26% se oponían a esta idea. En este sentido, conviene hacer hincapié que en base al principio de legitimidad democrática de la Unión, sus Instituciones deben actuar, teóricamente en lo posible, conforme a la voluntad de la ciudadanía europea o al menos, y esto es una aproximación más realista, no legislar frontalmente en contra de ella.

Continuemos con el estudio del referido Eurobarómetro número 467. En él se recoge que los mayores retos de la Unión Europea, en su conjunto, son, por este orden, el desempleo, las desigualdades sociales y la migración. No obstante, el desempleo es, con diferencia, el aspecto más preocupante para los ciudadanos de la Eurozona que en, con un 44% priorizan este tema sobre todos los demás. Además, el 62 % de la población europea defiende la superioridad de la solidaridad sobre el individualismo y considera que el futuro de la Unión, pasa por un incremento de la solidaridad.

La primera consecuencia de todas estas estadísticas es que, en principio, el SDE, desde la perspectiva de la opinión pública, no encontraría resistencias insalvables.

Desde el punto de vista político, las primeras reacciones airadas contrarias a este proyecto por parte de algunos dirigentes europeos, especialmente los alemanes, se han ido suavizando con el tiempo y, en la actualidad, parece que se respira un cambio sustancial de actitud. Como paradigma de esta evolución, el Ministro de Economía Alemán, Olaf Scholz, hacía una serie de declaraciones al respecto, que por su interés recogemos con amplitud. Así, en una entrevista publicada en la revista Der Spiegel en Junio 2018 señalaba: *“Alemania apoya la creación de un sistema de seguro de desempleo en toda Europa para hacer que la zona euro sea más resistente a las crisis económicas futuras”*. *“Estoy a favor de complementar los sistemas nacionales de seguro de desempleo con un reaseguro para toda la zona del euro”*. *“Si un miembro de la zona euro se enfrenta a una crisis económica que provoca pérdidas masivas de empleos y una pesada carga en su sistema de seguridad social, el país podría obtener un préstamo de este fondo de reaseguro conjunto”* *“Una vez que termine*

la recesión, el país devolverá los fondos que pidió prestados”. *“Es similar a cómo funcionan las cosas en los EE. UU. Allí, los Estados individuales financian el seguro de desempleo, pero pagan en un fondo federal. En tiempos de crisis, pueden pedir prestado dinero para compartir mejor la carga, sin tener problemas”*. *“Necesitamos más elementos basados en la solidaridad en la zona del euro”*.

Al máximo nivel, en la Cumbre entre el Presidente francés y la Canciller alemana celebrada el 19 de junio de 2018, ambos mandatarios se pronunciaron por *“iniciar el estudio para la creación de un Fondo Europeo de Estabilización del Desempleo lo que supondría crear un seguro de desempleo para países donde crezca de manera acusada el número de desempleados”*.

Por otra parte, en nuestro país, el Presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, defendió en su día ante el Pleno del Congreso la propuesta para poner en marcha en la Unión Europea un fondo europeo de desempleo con el fin de *“reducir los riesgos de crisis económicas futuras”*.

Precisamente, en este mes de diciembre (2018), la ministra de Economía y Empresa Nadia Calviño abogaba por el seguro de desempleo europeo en un artículo⁴⁷ publicado en el periódico el País el 11 de diciembre del que destacamos los siguientes párrafos: *“Entre las propuestas que están siendo contempladas, España apuesta por incluir un seguro común de desempleo que complemente los sistemas de los distintos Estados. Esta idea, que fue defendida por el presidente del Gobierno en el Consejo Europeo de octubre, ha sido incorporada en distintos acuerdos franco-alemanes y se podría combinar con la propuesta de la Comisión para una capacidad de estabilización en la zona euro dentro del Marco Financiero Plurianual 2021-2027, tal y como ya han planteado varios eurodiputados. Dependiendo de las indicaciones de los jefes de Estado y de Gobierno estos días, estos instrumentos podrían incluirse en el programa de trabajo del Eurogrupo para el próximo semestre”*.

⁴⁷ “Y, sin embargo, (la UE) se mueve”

La conclusión que puede entresacarse de los párrafos precedentes es que el proyecto de SDE es políticamente viable y, al menos para un gran número de ciudadanos europeos, socialmente deseable y sostenible. No obstante, la tarea que se presenta es ardua y compleja y el resultado final incierto.

15. PROS Y CONTRAS DEL SDE

Grégory Claeys, Zsolt Darvas y Guntram B. Wolff⁴⁸ resumen las ventajas del SDE en los siguientes términos: *“La introducción del SED brindaría la oportunidad de reformar de manera fundamental los mercados laborales europeos, fomentar la movilidad y crear un mercado verdaderamente único. La convergencia en un modelo de mejores prácticas aumentaría la eficiencia y facilitaría la conducción de una política monetaria única. Pero también está claro que esto no es solo un desafío técnico y político que llevará años implementarlo. También habrá una resistencia justificada a la armonización de las leyes laborales en un contexto en el que la legislación nacional refleje los desarrollos históricos y preferencias y modelos económicos fundamentalmente diferentes en la UE. El SED también podría ser importante para lograr una dimensión social del proyecto europeo, que es a menudo visto por los ciudadanos como orientados sólo hacia asuntos técnicos. El SED podría verse como una manera de crear un vínculo de solidaridad directo entre los ciudadanos europeos”.*

Como posición contraria, Danny Pieters⁴⁹ *“Mientras tanto, algunos sueñan (nuevamente) con establecer un seguro de desempleo en Europa para reemplazar la gran diversidad de los sistemas nacionales de desempleo. Aunque esto puede parecer una idea atractiva, no parece ni teórica ni prácticamente viable. Desde la perspectiva teórica presenta grandes dificultades ya que se parte del supuesto equivocado de*

que los problemas y desafíos son los mismos en toda Europa. Es posible que tengamos hoy la libre circulación de los trabajadores, pero eso no significa que tengamos un mercado de trabajo muy integrado. No lo creo. Por otra parte, la creación de un régimen de desempleo unificado para toda la Unión Europea significaría establecer una solidaridad en toda regla entre todos los trabajadores de la Unión Europea, lo que no podría realizarse sin reducir los derechos y prerrogativas de los países socialmente más desarrollados. Debe hacerse hincapié en que son esos países más desarrollados los que cuentan con trabajadores más decididos y con más posibilidades de resistir los recortes de su Estado del Bienestar. Si a uno le gusta ser europeo con el seguro de desempleo, sería mejor seguir la dirección que el autor de este artículo propuso hace muchos años consistente en un sistema europeo alternativo de seguro de desempleo, conviviendo en paralelo con los sistemas nacionales, sin sustituirlos”.

Corazón versus razón podría ser el colofón de este trabajo. En efecto, los inconvenientes y los problemas del establecimiento de un seguro de desempleo europeo son múltiples y no hay que desdeñar las críticas que se vierten contra esta idea. Para muchos es una quimera. Para otros, entre los que me cuento, un paso de gigante hacia una Europa social. Analicemos pros y contras. Comencemos con las posibles dificultades y críticas. En este sentido, debe hacerse hincapié que alguno de los autores que se citan a continuación son defensores del SDE, sin que esto sea óbice para que sean conscientes de los riesgos que podría conllevar una decisión de este calibre.

- Algunos Estados miembros podrían reducir la cuantía de las prestaciones de sus regímenes nacionales para beneficiarse más de las transferencias económicas del Fondo europeo de desempleo, lo que finalmente comportaría un perjuicio para los desempleados.

- Existe un grave riesgo de que las transferencias económicas se perpetúen y que se mantenga una situación perenne en la que existan Estados receptores permanentes (España y Letonia) y contribuyentes natos (Alemania, Austria, Holanda), es decir Estados que se benefician siempre del SDE y Estados que lo deben financiar o, en otras palabras,

⁴⁸ September 2014 Benefits and Drawbacks of European Unemployment Insurance bruegelpolicybrief by Grégory Claeys Research Fellow at Bruegel gregory.claeys@bruegel.org Zsolt Darvas Senior Fellow at Bruegel zsolt.darvas@bruegel.org and Guntram B. Wolff Director of Bruegel guntram.wolff@bruegel.org

⁴⁹ Ver Nota 13.

Estados con saldo final positivo y Estados con saldo final negativo, lo que redundaría en un premio para los peores cumplidores y un castigo para los Estados que ofrecen una mejor protección y tienen un mercado de trabajo más saneado. (Daniele Fattibene).

- La introducción de un SDE podría crear incentivos adversos para continuar con importantes reformas estructurales en los países con mercados de trabajo escleróticos. (Sebastian Dullien).

- Si una parte significativa de las prestaciones de desempleo son asumidas por el SDE, puede correrse el peligro de que las administraciones nacionales no realicen el mismo esfuerzo en la colocación de los desempleados, tal como lo harían si tuvieran que asumir todos los costes de desempleo. Este es un problema que se ha observado empíricamente en algunos sistemas federales de seguro de desempleo, por ejemplo, en Bélgica. (Sebastian Dullien).

- Teniendo en cuenta que el SDE se financiaría con cotizaciones y no con aportaciones estatales, es posible que estas cotizaciones debieran ser incrementadas lo que conllevaría una mayor resistencia para su establecimiento (Claeys, Darvas, Wolff).

- En el supuesto de que el SDE cubriera parte del desempleo estructural, podrían crearse, indirectamente, estímulos e incentivos para la economía sumergida (Claeys, Darvas, Wolff).

- La implantación de un SDE podría entrar en colisión con la idiosincrasia de aquellas legislaciones nacionales en las que prevalece, en algunos casos, la flexibilidad en el empleo (Reino Unido, Países del Este de Europa) o la protección al empleo (Francia, Alemania e Italia). Al estar configurado los seguros nacionales de desempleo sobre estos planteamientos, la aparición de elementos foráneos y ajenos podrían distorsionar el buen funcionamiento de los mercados de trabajo nacional. (Claeys, Darvas, Wolff).

- Aunque el Tratado de la UE establece un objetivo de profundizar en la solidaridad entre los Estados Miembros y entre los ciu-

dadanos europeos, no proporciona un marco legal claro e indiscutible para un SDE.

Es posible que el lector pro europeo, después de esta avalancha de dificultades y dudas político/técnicas, se encuentre desazonado y hasta deprimido ante la magnitud de la empresa y abjure de sus creencias. Recomendando que no lo haga. Para ayudarlo, debo remitirle a muchos de los argumentos esbozados en párrafos precedentes que abogaban y recomendaban el establecimiento de un SDE y que resumo aquí.

- El SDE sería una manera de lograr una mayor solidaridad entre los europeos y una mayor integración ciudadana, potenciando la idea de que la Unión Europea no es solo la Europa de los mercaderes.

- El SDE podría actuar como herramienta contra la desestabilización macroeconómica, actuando como estabilizador macroeconómico inmediato en época de crisis.

- El SDE podría ser una señal clara de una futura federalización de Europa y supondría un avance hacia el consenso solidario.

- El SDE podría ser un instrumento definitivo para la reforma de los mercados de trabajo, incidiendo en la flexibilidad de los mismos. Además, el SDE podría potenciar la creación de una Administración común o por lo menos una mayor colaboración entre las Administraciones nacionales.

- El SDE podría servir para promover una armonización del mercado laboral europeo y la realización del mismo. Asimismo, el SDE podría facilitar la libre circulación de trabajadores y la búsqueda de empleo en distintos mercados nacionales por parte de los desempleados que podrían percibir las correspondientes prestaciones sin restricciones territorialistas.

- EL SDE ayudaría a algunos Estados a reformar los seguros de desempleo nacionales existentes.

El SDE rompería el tabú de la armonización de la Seguridad Social.

- El SDE daría una clara señal de que los problemas sociales se encuentran (de nuevo) en el núcleo del proceso de integración de la Unión Europea.

- El SDE tendría un impacto profundo de estabilización en caso de recesión económica, ayudando a los Estados a limitar los costes de la crisis y evitar un deterioro de sus sistemas de bienestar nacionales. A tal efecto, muchos de los sacrificios que han tenido que sufrir los Estados del Sur durante la última crisis podrían haberse aminorado o reducido notablemente.

16. CONCLUSIONES

Un espectador imparcial de los avatares de la Unión Europea podría pensar que el proyecto europeo se está deshilachando. Brexit, Salvini, Orban o Duda son, para algunos, simplemente la punta del iceberg del fracaso del proyecto europeo.

Por otra parte, el desapego, entre parte de la ciudadanía después de la crisis económica y social, es manifiesta y difícil de redirigir exclusivamente a través de la política económica.

Para combatir esta tendencia, el Presidente Juncker lanzó en su día el Pilar de Derechos Sociales que pretende profundizar y dar respuesta a las demandas de los ciudadanos europeos.

Desde otra perspectiva, en el horizonte ya se atisba la Europa de la Defensa que pretende ser una respuesta a la cuasi nula influencia del viejo continente en el exterior.

En efecto, Consolidación Interna, a través de una Europa más social y Presencia Externa por medio de la Unidad de Acción en Política Internacional, pueden ser los Instrumentos adecuados para un renacer europeo. Y en el trasfondo, informándolo todo, otra vez la paz necesaria, la paz deseada, la paz social, la paz en suma, en dentro y fuera de nuestras fronteras vecinales.

A este respecto, debe recordarse que las Comunidades Europeas fueron creadas, en su

origen, para que los tradicionales enemigos, Francia y Alemania, depusieran las armas físicas y morales e iniciasen una nueva época en el que las discordias fueran sustituidas por intereses comunes. Con ello, se pensaba, se garantizaría una paz duradera. Pues bien, la guerra ha terminado pero los escenarios bélicos siguen virtualmente incólumes y preparados para un futuro incierto. Y es que la economía, que ha estado en el trasfondo de todas las contiendas, pero siempre en la retaguardia, ha pasado a la primera línea de frente, sustituyéndose las armas convencionales por la libre competencia sin concesiones ni condiciones, a veces desleal y ventajista, o la prima de riesgo. Porque los actuales enemigos debaten y luchan no en frentes convencionales sino en los Consejos Europeos o en los Parlamentos.

Los rivales están claramente diferenciados. Por un lado, se encuentran los euroescépticos para los que la mejor Europa es la Europa políticamente inexistente y que se limite a un gran mercado en el que los capitales, servicios y mercancías, pero no las personas, puedan circular libremente. Al otro lado de la trinchera, los Europeístas, actualmente en horas bajas, que abogan por una Europa Federal.

La dialéctica entre menos o más Europa se refleja también en este artículo. El SDE implica, indudablemente una Europa más solidaria o, lo que es lo mismo, más Europa. Por ello, el establecimiento de un SDE, aunque sea simplemente como hipótesis o planteamiento, es la constatación de que los partidarios de más Europa no están muertos o desaparecidos, sino que simplemente se encontraban en periodo de recuperación, preparándose para una larga batalla cuya primera escaramuza van ser las próximas elecciones europeas.

Una reflexión adicional. Un seguro básico de desempleo europeo daría un “rostro humano” al proceso de integración de la UE. En este sentido, se ha avanzado considerablemente, por ejemplo, con el Mecanismo de Asistencia Financiera o con la Unión de Bancos, instrumentos éstos que se han adoptado con el fin de aumentar la capacidad de la zona euro para resistir crisis en el futuro. Sin embargo, todavía el proceso estaría inacabado, si nos olvidáramos de lo social. Y es que un

SDE podría hacer frente a las debilidades de la eurozona y fortalecería a largo plazo la sostenibilidad de la moneda común. Porque el SDE no sería la panacea para los problemas fiscales de la UEM, pero sin duda podría ser una señal clara de que se pretende seguir adelante y no dar marcha atrás.

Personalmente considero que el SDE puede ser una gran contribución al proyecto Europa de los ciudadanos ya que fomenta la solidaridad y la unidad entre los pueblos. Ahora bien, no debemos ser ingenuos. Determinadas corrientes de opinión volverán a lanzar toda su artillería contra esta idea y gritarán con voces estentóreas *“Trabajamos nosotros para que otros, los del Sur estén desempleados. Nosotros pagamos, ellos cobran”*. Por esta razón los políticos europeos deben explicar con claridad que la Unión Económica y Monetaria ofrece una geometría variable y que muchos de los puestos de trabajo que han desaparecido del Sur se han trasladado o al menos se han creado en el Norte como consecuencia de este proceso de interrelación e intercomunicación (vasos comunicantes). Porque a veces los inconvenientes para unos son las ventajas para otros. Por ello, debemos ponernos de acuerdo sobre lo que queremos y podemos hacer juntos. Y en este sentido, el seguro de desempleo en Europa es una oportunidad para acercar Europa a los ciudadanos y para profundizar en la integración europea.

Asimismo, debemos recordar la paradoja Delors que puede enunciarse de la siguiente manera *“Por una parte se introduce legislación social para mejorar los estándares laborales y luchar contra la competencia desleal en la Unión Europea. Por otra parte se establece una Unión Monetaria que a, largo plazo, ahonda en las asimetrías y erosiona los sistemas de bienestar en algunos países”*.

Por último y tal como se menciona en el Informe de los 5 Presidentes del 2015, resulta necesario fortalecer la estructura de la Unión Monetaria, introduciendo, entre otras posibilidades, estabilizadores automáticos que se activen en caso de crisis asimétricas. A tal efecto, conviene recordar las palabras del Presidente de la Comisión Juncker cuando señalaba: *“La Unión Económica y Monetaria es como una casa que se ha ido construyendo durante décadas pero que se encuentra todavía sin finalizar. Cuando estalla una tormenta, las paredes y el tejado deben estabilizarse rápidamente. Es por ello imprescindible reforzar sus cimientos para conseguir lo que la Unión Económica y Monetaria pretendía ser: Un lugar de prosperidad basado en un crecimiento económico equilibrado con estabilidad de precios, una economía social de mercado dirigida al pleno empleo y al progreso social. Necesitamos dar pasos adelante para completar la Unión Económica y Monetaria”*. Quizás el Seguro de Desempleo sea el comienzo de una nueva era...

RESUMEN

En una encuesta realizada por la Comisión Europea, Eurobarómetro número 467, el 64% de los ciudadanos europeos se mostraron partidarios de la armonización de los sistemas de bienestar de los Estados Miembros, mientras el 26% se oponían a esta idea. Asimismo en el referido Eurobarómetro se recoge que los mayores retos de la Unión Europea, en su conjunto, son, por este orden, el desempleo, las desigualdades sociales y la migración. No obstante, el desempleo es, con diferencia, el aspecto más preocupante para los ciudadanos de la Eurozona que, con un 44% priorizan este tema sobre todos los demás. Además, el 62 % de la población europea defiende la superioridad de la solidaridad sobre el individualismo y considera que el futuro de la Unión, pasa por un incremento de la solidaridad.

La crisis de 2008, golpeó con gran intensidad a la Eurozona y especialmente los Estados de la Cuenca del Mediterráneo que, con una deuda pública muy elevada y un desempleo masivo, se vieron obligados, con el fin de proteger a sus nacionales y ante la disminución de recursos propios, a abonar altísimos intereses para poder financiar las prestaciones de desempleo y otras prestaciones sociales. El precio pagado fue altísimo ya que tuvieron que recortar otras partidas (inversión, I+D, obras públicas) que hubieran facilitado una más rápida recuperación.

Europa y concretamente la Eurozona ha carecido de instrumentos financieros para apoyar a los países en crisis con dificultades de financiación en los mercados. En consecuencia, al no ser ya posible la solución habitual, la devaluación de la divisa, se ha producido una devaluación interna de los salarios y un incremento exponencial del desempleo, lo que ha socavado la demanda interna y ha ralentizado la recuperación económica.

Se produce un círculo vicioso: Las crisis económicas impactan fundamentalmente en el empleo. Los Estados deben utilizar sus menguados recursos económicos en la protección a los desempleados, sustrayendo medios económicos importantes que podrían ser utilizados para la recuperación económica.

La contención fiscal, la política monetaria expansiva, la movilidad laboral y la devaluación salarial no han actuado como se esperaba y la salida de la crisis ha sido mucho más lenta y dura en Europa que en Estados Unidos.

En los últimos años, ha habido llamadas generalizadas para la creación de un estabilizador automático supranacional, ya que ha quedado claro que los tradicionales mecanismos de estabilización son insuficientes para enfrentar los shocks (asimétricos). El quinto Informe de los Presidentes (Juncker, 2015) ha planteado la necesidad de que se den pasos importantes para un mayor fortalecimiento de la UEM, uno de los cuales es la introducción de un estabilizador macroeconómico, sin precisar un diseño específico de este estabilizador.

Fundamentalmente por algunos economistas se ha lanzado la idea de que uno de los posibles estabilizadores de la UEM podría ser el seguro de desempleo europeo.

La gran ventaja del seguro de desempleo europeo sobre otros mecanismos estabilizadores es que actúa mucho más rápidamente, proporcionando una fuente de ingresos para los desempleados lo que posibilita que el consumo no se hunda o se reduzca de manera abrupta. Además, el desempleo es fácilmente evaluable y cuantificable a través de los ya existentes mecanismos estadísticos (EUROS-

TAT). No obstante, el seguro de desempleo europeo puede convivir pacíficamente con otros estabilizadores económicos.

En principio, uno podría imaginar un sistema muy simple bajo el cual los países reciben fondos si su situación económica cíclica nacional es mala en términos absolutos o se desvía fuertemente del ciclo económico en la unión monetaria en su conjunto.

Desde el punto de vista político, las primeras reacciones airadas contrarias a este proyecto por parte de algunos dirigentes europeos, especialmente los alemanes, se han ido suavizado con el tiempo y, en la actualidad, parece que se respira un cambio sustancial de actitud.

Al máximo nivel, en la Cumbre entre el Presidente francés y la Canciller alemana celebrada el 19 de junio de 2018, ambos mandatarios se pronunciaron por “iniciar el estudio para la creación de un Fondo Europeo de Estabilización del Desempleo lo que supondría crear un seguro de paro para países donde crezca de manera acusada el número de desempleados”.

Uno de los problemas más importantes que tiene que afrontar la creación de un seguro de desempleo europeo es la falta de armonización de los regímenes de desempleo nacional. El autor, en este trabajo analiza en profundidad las situaciones fácticas del desempleo en Europa, así como las diferencias existentes en las distintas legislaciones. Igualmente se presentan datos y tablas estadísticas para argumentar la dificultad de una armonización de los regímenes nacionales de desempleo. No obstante, la desarmonización existente no imposibilita el proyecto de seguro de desempleo europeo.

El autor, analiza, como ejemplo a seguir, los seguros federales de desempleo de Estados Unidos y Canadá y como podrían trasladarse a Europa las experiencias positivas de estos países.

Acto seguido pasa revista a las distintas modalidades del seguro de desempleo europeo que se están analizando a nivel teórico (modelo genuino versus modelo equivalente) así como las bases jurídicas que pueden ofrecer los Tratados para un futuro establecimiento, si así se decidiese, del seguro de desempleo europeo.

Asimismo, se exponen los pros y contras de este proyecto, repasándose las opiniones de algunos autores que han defendido y defienden posiciones encontradas.

Por último, el autor se pronuncia en favor del seguro de desempleo europeo como como una gran contribución al proyecto Europa de los ciudadanos que fomentaría la solidaridad y la unidad entre los pueblos y que daría un “rostro humano” al proceso de integración de la UE. A este respecto recuerda la paradoja Delors: “Por una parte se introduce legislación social para mejorar los estándares laborales y luchar contra la competencia desleal en la Unión Europea. Por otra parte se establece una Unión Monetaria que a, largo plazo, ahonda en las asimetrías y erosiona los sistemas de bienestar en algunos países”. Ante ese dilema el autor ofrece una solución “La Europa Social”, argumentando que se necesitan dar pasos adelante para completar la Unión Económica y Monetaria y acercarla en la práctica a los ciudadanos. Quizás el Seguro de Desempleo sea el comienzo de nueva era...

Palabras clave: Seguro de Desempleo Europeo; armonización; estabilizadores automáticos; modelo genuino y equivalente; Europa Social.

ABSTRACT In a survey conducted by the European Commission, Eurobarometer number 467, 64% of European citizens were in favour of the harmonization of the welfare systems of the Member States, while 26% opposed this idea. Likewise, the aforementioned Eurobarometer mentions that the biggest challenges of the European Union, as a whole, are, in this order, unemployment, social inequalities and migration. However, unemployment is by far the most worrisome aspect for 44% of the citizens of the euro area that prioritize this issue above all others. In addition, 62% of the European population defends the superiority of solidarity over individualism and considers that the future of the Union involves an increase in solidarity.

The 2008 crisis hit the euro area with great intensity and especially the States of the Mediterranean Basin, which, having a very high public debt and massive unemployment were forced - in order to protect their nationals and due to the reduction of their own resources- to pay very high interests to be able to finance unemployment benefits and other social benefits. They had to pay a high price for that since they had to cut other items (investment, R&D, public works) that would have facilitated a faster recovery.

Europe, and particularly the euro area, has lacked financial instruments to support countries in crisis with financing difficulties in the markets. Consequently, as the usual solution of currency devaluation was no longer possible, an internal salary devaluation and an exponential increase in unemployment have taken place, which has undermined domestic demand and slowed economic recovery.

A vicious circle is then produced: Economic crises have a fundamental impact on employment. States must use their diminished economic resources to protect the unemployed, subtracting important economic resources that could be used for economic recovery.

Fiscal containment, expansive monetary policy, posting and salary devaluation have not worked as expected and the ending of the crisis has been much slower and harder in Europe than in the United States.

In recent years, there have been widespread demands for the creation of a supranational automatic stabilizer, since it has become clear that traditional stabilization mechanisms are insufficient to deal with (asymmetric) shocks. The fifth Report of the Presidents (Juncker, 2015) has raised the need for important steps to further strengthen the EMU, one of which is the introduction of a macroeconomic stabilizer, without specifying a specific design for it.

Basically, some economists have come up with the idea that one of the possible stabilizers of EMU could be the European unemployment insurance.

One of the great advantages of the European unemployment insurance over other stabilizing mechanisms is that it works much more quickly, providing a source of income for the unemployed, which makes it possible for consumption not to slump or to reduce dramatically. In addition, unemployment is easily assessed and quantified through the already existing statistical mechanisms (EUROSTAT). However, European unemployment insurance can coexist peacefully with other economic stabilizers.

In principle, one could imagine a very simple system under which countries receive funds if their national cyclical economic situation is bad in absolute terms or deviates strongly from the economic cycle in the monetary union as a whole.

From the political point of view, the first irate reactions against this project on the part of some European leaders, especially the Germans, have been smoo-

thed over time and, at present, it seems that a substantial change of attitude is taking place.

At the highest level, at the Summit between the French President and the German Chancellor held on 19 June 2018, both leaders spoke on “initiating the study for the creation of a European Unemployment Stabilization Fund, which would create the unemployment insurance for countries where the number of unemployed people is growing sharply”.

One of the most important problems that the creation of the European unemployment insurance has to face is the lack of harmonization of national unemployment schemes. In this paper, we analyse the factual situations of unemployment in Europe in depth, as well as the differences between different legislations. Also, statistical data and tables are presented to argue the difficulty of harmonization of national unemployment regimes. However, this lack of harmonization does not preclude the European unemployment insurance project.

We also analyse, as an example to follow, the federal unemployment insurance schemes of the United States and Canada and how positive experiences of these countries could be transferred into Europe.

Then, we review the different models of European unemployment insurance that are being analysed at a theoretical level (genuine model versus equivalent model), as well as the legal bases that Treaties can offer for a future implementation, if so decided, of the European unemployment insurance.

Likewise, pros and cons of this project are discussed, reviewing the opinions of some authors who have defended and still defend opposing positions.

Finally, the author declares himself to be in favour of the European unemployment insurance as a great contribution to the project “Europe for Citizens” that would promote solidarity and unity among peoples and that would give a “human face” to the EU integration process. In this regard, the Delors paradox recalls: “On the one hand, social legislation is introduced to improve labour standards and fight against unfair competition in the European Union. On the other hand, a Monetary Union is established, which in the long term deepens into the asymmetries and erodes welfare systems in some countries”. Given this dilemma, the author offers the “Social Europe” solution, arguing that steps need to be taken to complete the Economic and Monetary Union and, in practice, bring it closer to citizens. Maybe Unemployment Insurance is the beginning of a new era ...

Keywords: European Unemployment Benefits Scheme; harmonization; automatic stabilizers; genuine schemes; equivalent schemes; Social Europe.

Asistencia sanitaria transfronteriza de trabajadores y demandantes de empleo en la Unión Europea*

Cross-border healthcare for workers and job seekers in the European Union

LAURA MOLINS ROGER**

1. INTRODUCCIÓN

La coexistencia en Europa de distintos sistemas nacionales de seguridad social, autónomos, independientes y a menudo divergentes, en un contexto socio económico caracterizado por la movilidad de personas que, cada vez con mayor frecuencia, cruzan las fronteras de su país para buscar trabajo, para estudiar o simplemente de vacaciones, ha supuesto que la aplicación de los Reglamentos Comunitarios establecidos para la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social cobre cada vez más relevancia.

Los Reglamentos (CE) nº 883/2004 y (CE) nº 987/2009¹ (en adelante, 883/04 y 987/09 respectivamente) son las normas internacionales que permiten la coordinación de los sis-

temas de seguridad social existentes en los 28 Estados miembros de la Unión Europea, los demás Estados parte del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) y Suiza (en adelante “Estados miembros”). Regulan las relaciones de seguridad social entre dichos sistemas estableciendo normas que permiten interrelacionar los mismos cuando se produce un elemento transfronterizo.

Son, sin lugar a dudas, las normas de coordinación de seguridad social más completas que existen actualmente e incluyen el mayor número de prestaciones: además de coordinar pensiones, coordinan subsidios, prestaciones y subsidios por desempleo, prestaciones no contributivas, y tanto prestaciones en metálico como en especie.

Y una de las prestaciones incluidas en el campo de aplicación material de dichos Reglamentos son las prestaciones de enfermedad en especie, esto es, la asistencia sanitaria.

Como veremos, la principal peculiaridad de la coordinación de la asistencia sanitaria es que la prestación en sí no se exporta, sino que lo que se exporta es la cobertura sanitaria o, dicho de otro modo, el derecho a acceder al sistema sanitario de otro Estado.

Pero, además de incluir el mayor número de prestaciones, el campo de aplicación personal

* Este artículo se cerró el 30-9-2018.

** Jefa de Área de Legislaciones Comparadas. Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Representante española en la Comisión Administrativa.

¹ Reglamento (CE) nº 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOUE L 166/1 de 30.04.2004) y Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOUE L 284/1 de 30.10.2009).

de los Reglamentos comunitarios de seguridad social ha superado el concepto de trabajador, imperante en las restantes normas internacionales, para extenderse a los asegurados.

Así, se engloban distintos colectivos a los que se confiere cobertura sanitaria cuando se desplazan temporalmente por el territorio de los diferentes Estados miembros, o traslada su residencia al territorio de otro Estado; es decir, cuando se produce un elemento transfronterizo o cruce de fronteras.

Pero, ¿Quién se hace cargo de la asistencia sanitaria de los buscadores de empleo, trabajadores y pensionistas que trasladan su residencia de un Estado miembro a otro? ¿Cuáles son los problemas más comunes que encuentran estos colectivos?

Para abordar todas estas cuestiones, y puede que alguna otra, nos basaremos, en primer lugar, en el análisis de los distintos conceptos fundamentales que conforman la coordinación comunitaria de la asistencia sanitaria transfronteriza: veremos en qué situaciones los Reglamentos confieren cobertura sanitaria transfronteriza, qué Estados entran en juego y cuál es su papel.

Establecido este marco, veremos quienes están cubiertos las disposiciones de los Reglamentos 883/04 y 987/09 en materia de cobertura sanitaria transfronteriza para, finalmente, centrarnos en la cobertura de dos colectivos muy concretos (o no tanto): los trabajadores y los buscadores de empleo.

2. LA COORDINACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Estados implicados

En primer lugar, conviene aclarar a qué nos referimos cuando hablamos de asistencia sanitaria transfronteriza: la asistencia sanitaria transfronteriza es la asistencia servida en un Estado miembro “x” a una persona que no tiene reconocido su derecho a asistencia sanitaria en virtud de la legislación de “x”, sino de la del Estado miembro “y”.

Como veremos más adelante, dentro de este fenómeno se engloban tres situaciones, que dependen de la naturaleza y duración de la presencia del interesado en el territorio del Estado en que recibe la asistencia: la recibida durante una estancia temporal, la recibida como consecuencia de un tratamiento programado y la servida en el Estado de residencia cuando éste es distinto del competente.

Independientemente de la situación concreta en la que se encuentre el interesado, en la asistencia sanitaria transfronteriza siempre entran en juego al menos dos Estados miembros: el Estado miembro competente y el Estado miembro de tratamiento.

2.1.1. El Estado miembro competente

El Estado miembro competente o de aseguramiento es el Estado cuya legislación es aplicable al interesado, y es esa legislación la que determina si esa persona tiene derecho a asistencia sanitaria y es por tanto asegurada.

La legislación del Estado competente, aplicable al asegurado, establece su derecho a la asistencia sanitaria, pero también las obligaciones vinculadas a dicho derecho. Estos derechos y obligaciones varían de un Estado a otro y dependen del tipo de sistema sanitario vigente en el Estado correspondiente.

Por ejemplo, en sistemas universales de acceso directo como el español, la asistencia sanitaria se financia vía impuestos y el acceso a la asistencia es directo y sin copago. Sin embargo, en muchos otros Estados rigen sistemas de seguros en los que los interesados deben suscribir un seguro de enfermedad (público o privado, dependiendo del Estado) y abonar la cuota correspondiente.

El Estado miembro competente es, por tanto, el que reconoce el derecho a la asistencia sanitaria conforme a su legislación y, en contrapartida, el que va a asumir el coste de la asistencia sanitaria recibida por su asegurado en otro Estado.

Por ejemplo, un ciudadano comunitario que reside en España tiene derecho a asistencia sanitaria en España, en virtud de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad

del Sistema Nacional de Salud. Es por tanto asegurado de España en el sentido del artículo 1.c del Reglamento 883/04. Si, encontrándose de vacaciones en Francia, va a un médico del sistema sanitario francés, el coste de esa asistencia servida en Francia será sufragado por España que es el Estado miembro que le ha reconocido el derecho.

Esto es independiente del Estado de que sea nacional el ciudadano comunitario. En el ejemplo anterior, el hecho de que el interesado fuera francés no cambiaría nada, puesto que, como iremos viendo a lo largo de este análisis, la nacionalidad no juega ningún papel en la determinación del Estado competente.

2.1.2. El Estado miembro de tratamiento

El Estado miembro de tratamiento es el Estado cuyo sistema de salud atiende a un paciente que no tiene derecho a asistencia sanitaria en virtud de su legislación, sino que está asegurado conforme a la legislación de otro Estado.

¿Qué asistencia le va a dar? La prevista en su legislación para sus propios asegurados. Por eso decimos que la asistencia sanitaria no se exporta, porque la prestación que se recibe es la establecida en la legislación del país en el que se recibe (Estado de tratamiento) y no la establecida en la legislación del país que ha reconocido el derecho (Estado competente).

Pongamos, por ejemplo, el caso de una persona que tenga reconocido el derecho a asistencia sanitaria en virtud de la legislación alemana y que esta legislación incluye entre sus prestaciones sanitarias la terapia termal. Durante sus vacaciones de verano en Alicante, esta persona sufre un fuerte dolor de espalda y va al médico. Éste le receta determinada medicación y le deriva a un fisioterapeuta. Aunque en Alemania le habrían derivado a un balneario, esa terapia no le va a ser recetada por un médico del servicio de salud de Alicante, porque esa prestación no está incluida en la cartera de servicios del sistema español de salud. Las prestaciones que se sirven son, como hemos dicho, las que están previstas en la legislación del Estado en el que se sirven.

¿Y en qué condiciones se le va a prestar la asistencia? El propio Reglamento 883/04 estipula, a lo largo de las distintas disposiciones del capítulo 1 del Título III, que el Estado de tratamiento servirá a los asegurados de otros Estados miembros la asistencia prevista en su norma, como si estuvieran asegurados en virtud de la legislación que aplica. Es decir, que aunque no tienen derecho conforme a su legislación, el Reglamento crea una ficción y obliga al Estado de tratamiento a tratar a los asegurados de otros Estados como si estuvieran asegurados en él.

Y la contrapartida es que el interesado va a tener las mismas obligaciones que las personas con derecho a asistencia sanitaria en virtud de la legislación del Estado de tratamiento. Así, tendrá que seguir los procedimientos previstos en dicha legislación (por ejemplo, acudir al médico de familia antes de acudir al especialista), abonar los copagos vigentes, en su caso, en el país de tratamiento y cumplir cuantas otras obligaciones establezca dicha legislación.

Esto no siempre es fácil de explicar a las personas con derecho a asistencia sanitaria conforme a la legislación española cuando reciben tratamiento en otro Estado miembro. Como en España no existe copago, les resulta chocante (¡indignante! incluso) tener que pagar parte de la asistencia recibida en otro Estado. Y es que no es fácil explicarles que reciben la asistencia no como si estuvieran en España sino como si estuvieran asegurados en el otro Estado.

Es decir, que el trato es igual que el dado a quienes son usuarios del sistema extranjero que les ha atendido y no que el recibió su vecino que fue atendido en el centro de salud del Sistema Sanitario Español.

2.2. Situaciones cubiertas y asunción de costes en cada caso

Como adelantábamos en el punto anterior, los Reglamentos Comunitarios de seguridad social garantizan la cobertura sanitaria transfronteriza en tres situaciones: estancia temporal, tratamiento programado y residencia en un Estado miembro distinto del competente.

A continuación analizamos dichas situaciones y cómo se articula la asunción de costes por parte del Estado competente en cada una de ellas.

2.2.1. *Estancia temporal*

Reza el artículo 19 del Reglamento 883/04 que la persona asegurada y los miembros de su familia que se hallen en un Estado miembro distinto del competente tendrán derecho a las prestaciones en especie (asistencia sanitaria) necesarias, desde un punto de vista médico, durante su estancia, tomando en consideración la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia.

Añade, a continuación, que la institución del lugar de estancia facilitará las prestaciones por cuenta de la institución competente, según las disposiciones de la legislación del lugar de estancia, como si los interesados estuvieran asegurados en virtud de dicha legislación.

Así, hablamos de estancia temporal para referirnos a situaciones en las que el asegurado se ha desplazado temporalmente a otro Estado y, encontrándose en el mismo, ha tenido que recibir asistencia sanitaria. Por tanto, son situaciones en las que el interesado no reside en el Estado de tratamiento, sino que se encuentra temporalmente en el mismo y en las que el motivo de su presencia en dicho Estado no está relacionado con el tratamiento que ha recibido.

No quiere esto decir, sin embargo, que la enfermedad haya tenido que sobrevenir necesariamente durante la estancia temporal.

Tal y como aclara la Decisión nº S3 de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social², las prestaciones que deben dispensarse de conformidad con el artículo 19 del Reglamento 883/04 in-

cluyen las dispensadas en relación con enfermedades crónicas o ya existentes, así como en relación con la maternidad y el parto.

Puntualiza, no obstante, seguidamente, que dichas prestaciones no estarán cubiertas cuando el objetivo de la estancia en otro Estado miembro sea recibir dichos tratamientos.

La Decisión nº S3 incluye además una lista no exhaustiva de tratamientos incluidos en el artículo 19 del Reglamento 883/04 entre los que se encuentran la quimioterapia y la diálisis renal, entre otros.

Lo determinante es, por tanto, que la necesidad de recibir asistencia sobrevenga durante la estancia temporal y que el motivo del desplazamiento no haya sido obtener el tratamiento de que se trate.

A pesar de que la Decisión nº S3 aclara en gran medida el alcance de la cobertura sanitaria que confieren los Reglamentos en los supuestos de estancia temporal, se trata de una cuestión no siempre pacífica entre los Estados implicados.

En concreto, se plantean con cierta asiduidad divergencias de opiniones sobre si una determinada prestación ya servida había sido, tal y como estipula el artículo 19, necesaria desde el punto de vista médico, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación y la duración prevista de la estancia.

Así, se dan casos en los que existen indicios de que el motivo del desplazamiento era recibir la asistencia; por ejemplo, porque el interesado tenía concertada una cita con el médico correspondiente desde antes de su desplazamiento. Sin embargo, este hecho tampoco sería determinante a la hora de dilucidar si se trata de un tratamiento programado.

Puede darse el caso de un enfermo de cáncer que decida disfrutar de unos días de vacaciones en otro Estado y vaya a requerir tratamiento de quimioterapia durante su estancia en ese otro Estado. El motivo del desplazamiento no habrá sido recibir la quimioterapia y, sin embargo, tendrá que haber concertado previamente una cita con el servicio de onco-

² Decisión nº S3, de 12 de junio de 2009, por la que se definen las prestaciones contempladas en el artículo 19, apartado 1, y en el artículo 27, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, así como en el artículo 25, sección A, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo. (DOUE C 106/40, de 24.04.2010).

logía correspondiente para asegurarse de que recibirá el tratamiento en la fecha en que lo precisa.

En otras ocasiones, la demora en recibir la asistencia (por ejemplo cuando el paciente debe ser incluido en una lista de espera) puede dar a lugar a que se cuestione si no se está alargando la duración inicialmente prevista de la estancia (e incluso produciéndose un traslado de residencia) con el fin de recibir el tratamiento.

En todo caso, para recibir la asistencia sanitaria durante la estancia temporal en otro Estado miembro, la persona asegurada debe presentar un certificado que acredite su cobertura sanitaria. Este certificado no es otro que la Tarjeta Sanitaria Europea o, en su caso, el Certificado Provisional Sustitutorio de dicha tarjeta³.

Estos certificados se presentan directamente al proveedor de asistencia sanitaria, lo que le permite comprobar el aseguramiento del paciente y obtener los datos necesarios para facturar el coste de la asistencia servida.

Para articular esta asunción de costes, el Reglamento 987/09 dedica su título IV a la articulación de un sistema de reembolsos entre instituciones que permite precisamente al Estado de tratamiento, cuando ha asumido el coste de la asistencia sanitaria servida al asegurado de otro Estado, facturar dicho coste al Estado de aseguramiento del paciente. En estos supuestos hablamos de facturación por gasto real.

En los Estados que tienen un sistema sanitario de reembolso⁴, es normalmente el paciente quien asume el coste de la asistencia

que le es servida y, posteriormente solicita el reintegro, bien al propio Estado de tratamiento, bien a su Estado de aseguramiento. Sólo en el primer caso, el Estado de tratamiento facturará el coste reintegrado al paciente a su Estado de aseguramiento, pues será éste el supuesto en que habrá asumido el coste del tratamiento que ha servido y por tanto en el que puede resarcirse frente al Estado de aseguramiento.

Si el paciente no ha podido acreditar, al recibir el tratamiento, su cobertura sanitaria a cargo de otro país, por no presentar el certificado correspondiente, normalmente tendrá que abonar él mismo el coste y, en estos casos, el Reglamento 987/09 estipula, en su artículo 25, que podrá solicitar el reembolso a la institución competente de su Estado competente.

Ahora bien, también a efectos del reembolso de los costes de asistencia sanitaria se aplica la legislación del Estado de tratamiento: las tarifas de reembolso son las previstas en la legislación del Estado de tratamiento y los posibles copagos también.

Si el tratamiento ha costado 1000€ en el Estado de tratamiento y en la legislación de ese Estado se prevé que el paciente contribuye al coste del tratamiento aportando el 10% del mismo (copago), el Estado competente va a asumir 900€ y el paciente va a tener que abonar 100.

Y es irrelevante lo que habría costado el tratamiento en el Estado competente y los copagos previstos (o inexistentes) en el mismo.

2.2.2. *Tratamiento programado*

Cuando el motivo del desplazamiento es recibir un determinado tratamiento médico, estamos ante el denominado tratamiento programado.

El artículo 20 del Reglamento 883/04 dispone que la persona asegurada que se desplace a otro Estado miembro para recibir asistencia sanitaria durante su estancia deberá solicitar la autorización de la institución competente. Es decir, que para recibir el tratamiento programado, el asegurado debe contar con una autorización previa emitida por su institución competente (formulario E-112 o S2).

³ Véanse las Decisiones de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social nº S1, de 12 de junio de 2009, relativa a la tarjeta sanitaria europea (DOUE C 106/23, de 24.4.2010 y nº S2, de 12 de junio de 2009, relativa a las características técnicas de la tarjeta sanitaria europea (DOUE C 106/26, de 24.04.2010).

⁴ Sistema de reembolso es aquél en el que el asegurado abona el coste de la asistencia recibida y luego la institución o seguro de enfermedad competente le reembolsa el coste soportado (o la parte que corresponda, en caso de que exista copago del paciente).

Emitida la autorización, la persona asegurada se beneficia de las prestaciones sanitarias facilitadas por la institución del lugar de estancia, a cargo de la institución competente.

Al igual que sucede con la asistencia recibida durante una estancia temporal, el tratamiento programado es servido según las disposiciones de la legislación del Estado de tratamiento, y el interesado las recibe como si estuviera asegurado en virtud de dicha legislación (mismas prestaciones, mismos derechos y mismas obligaciones). Del mismo modo, las tarifas aplicables serán las del Estado de tratamiento.

Sin embargo, existe una peculiaridad respecto de la asunción de costes por parte del paciente (copago) en comparación con la asistencia sanitaria recibida durante una estancia temporal (tratamiento no programado) que se encuentra actualmente regulada en el artículo 26.7 del Reglamento 987/09 y que deriva de la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea en el asunto Vanbraekel⁵.

Dicho artículo dispone que si el asegurado ha soportado costes del tratamiento médico autorizado y el coste que la institución competente está obligada a rembolsar a la institución del lugar de estancia es inferior al coste que hubiera tenido que sufragar por el mismo tratamiento en el Estado miembro competente, la institución competente rembolsará a la persona asegurada el coste soportado por ella, hasta la cantidad equivalente a la diferencia entre los costes en ambos Estados. No obstante, la suma reembolsada no podrá sobrepasar los gastos efectivamente realizados por el asegurado.

⁵ En su sentencia en el asunto C-368/98, de 12 de julio de 2001 (asunto Vanbraekel), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que si el reembolso del coste de la asistencia sanitaria prestada en el Estado miembro de tratamiento, conforme a las normas vigentes en dicho Estado, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de afiliación en caso de tratamiento en el mismo, la institución competente debe rembolsar al interesado el coste que ésta haya soportado, con el límite de la diferencia entre la tarifa del Estado de aseguramiento y la del Estado de aseguramiento.

Respecto de la autorización para recibir el tratamiento programado, el propio artículo 20 del Reglamento 883/04 establece las condiciones en las cuales la institución competente está obligada a concederla:

- Que el tratamiento de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en que reside el interesado, y
- que, habida cuenta del estado de salud del interesado en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad, dicho tratamiento no pueda serle dispensado en un plazo justificable desde el punto de vista médico.

Así, las instituciones competentes no tienen discrecionalidad para denegar la autorización previa, sino que están obligadas a concederla si la prestación se incluye en su cartera de servicios y el tratamiento no puede ser servido en un plazo razonable desde el punto de vista médico.

Esto no quiere decir, sin embargo, que no puedan concederse autorizaciones fuera de esos supuestos. De hecho, es frecuente que un Estado miembro autorice tratamientos programados en otros Estados aun cuando se trate de prestaciones no incluidas en su legislación o cuando las mismas podían servirse en plazo. Por ejemplo, se conceden por motivos personales o familiares (porque el paciente desea ser hospitalizado cerca de sus familiares) o incluso por razones organizativas (para no sobrecargar los centros sanitarios propios).

En todo caso, para denegar la autorización debe acreditarse fehacientemente que el tratamiento no está previsto en la legislación del Estado de residencia o que, estando contemplado en dicha legislación, puede servirse en un plazo razonable desde el punto de vista médico en el Estado competente.

Existe otra peculiaridad respecto de los tratamientos programados, que se refiere a la determinación de la institución competente para conceder la autorización previa en caso de residencia en Estado miembro distinto del competente. Esta peculiaridad está vinculada a la forma de facturación de la asistencia

sanitaria en caso de residencia en un Estado miembro distinto del de aseguramiento.

En general, la autorización para recibir un tratamiento programado en otro Estado es concedida por la institución del Estado de aseguramiento. Sin embargo, cuando el asegurado reside en un Estado distinto del de aseguramiento, y ese Estado factura por cuota global⁶, la institución competente para conceder la autorización previa es la institución del Estado de residencia y no la del Estado de aseguramiento.

Como ya se ha apuntado con anterioridad, una dificultad que se plantea a menudo en la práctica es la detectar si el motivo del desplazamiento ha sido el de recibir el tratamiento o si la necesidad de recibir el tratamiento sobrevino durante una estancia motivada por otras razones.

Esta distinción no sólo afecta a los gastos reembolsables (copagos) ya mencionados, sino que afecta igualmente a otras coberturas. Así, el artículo 26 del Reglamento 987/09 prevé, para los casos de tratamientos programados, el reembolso de los gastos de viaje y estancia (tanto del asegurado como de su acompañante) indisolubles del tratamiento en otro Estado miembro, cuando la legislación de aseguramiento prevé dicha cobertura en su territorio.

2.2.3. Residencia

Al igual que en las situaciones de estancia en un Estado distinto del competente, los Reglamentos comunitarios de seguridad social confieren cobertura sanitaria completa⁷, en el Estado de residencia, a los asegurados de un Estado miembro que residen en un Estado miembro distinto del de aseguramiento.

⁶ Facturan por cuota global los Estados miembros listados en el Anexo 3 del Reglamento 987/09: Irlanda, España, Chipre, Portugal, Suecia, Reino Unido y Noruega. En el apartado siguiente se detalla en qué consiste la facturación por cuota global.

⁷ Nos referimos a asistencia completa para distinguirla de la asistencia servida en estancia temporal, que como hemos señalado, es la necesaria desde el punto de vista médico. En la práctica, la diferencia es pequeña. La asistencia completa incluye tratamientos preventivos como las campañas de vacunación o las revisiones periódicas, que en principio no estarían incluidas en el polémico concepto de prestación necesaria.

En estos casos, el Estado de tratamiento coincide con el Estado de residencia. Y el elemento transfronterizo viene fijado por el hecho de que la persona en cuestión está sujeta a una legislación distinta de la del Estado en el que reside.

Si el asegurado, residente en un Estado distinto del competente, se desplaza a un tercer Estado miembro, lo analizado en los apartados anteriores seguirá siendo válido. Es decir que el coste de la asistencia sanitaria que reciba será a cargo del Estado de aseguramiento y, con la salvedad señalada respecto de la autorización previa para recibir un tratamiento programado, será el Estado competente que emita los certificados acreditativos de su cobertura sanitaria (Tarjeta Sanitaria Europea, etc.)

¿Y si se desplaza temporalmente al Estado competente? Con carácter general tendrán acceso a la asistencia sanitaria en su territorio como si residieran en él (asistencia competente).

Existen, no obstante, excepciones para los miembros de la familia de los trabajadores fronterizos, para los antiguos trabajadores fronterizos y sus familiares y para los pensionistas y sus familiares cuyo Estado competente figura inscrito en determinados anexos del Reglamento 883/04⁸. En estos casos, el Estado competente únicamente sirve a estas categorías de asegurados residentes en otro Estado la asistencia que resulta necesaria durante sus estancias en su territorio.

Son diversos los colectivos de personas que, estando sujetos a la legislación de un Estado miembro (y por ello asegurados a efectos de asistencia sanitaria conforme a la legislación de dicho Estado), residen el territorio de otro Estado miembro distinto.

En sistemas sanitarios universales como el español, estas personas constituyen una excepción al aseguramiento por residencia; excepción que deriva de las normas de conflicto de propio Reglamento 883/04 y que determinan la prioridad de derechos a asistencia sanitaria como consecuencia la competencia de

⁸ Véanse los artículos 18.2, 27.2 y 28 del Reglamento 883/04 y los Anexos III y IV del mismo.

los Estados implicados. Así, aunque estas personas sean residentes (y por ello podrían tener derecho a asistencia sanitaria en virtud del Estado en el que residen), si están sujetos a la legislación de otro Estado, será ese Estado el competente a efectos de asistencia sanitaria.

En concreto, están sujetos a la legislación de un Estado miembro distinto de aquél en el que residen:

Los trabajadores fronterizos que trabajan en un Estado pero residen en otro.

Por ejemplo, son trabajadores fronterizos quienes trabajan en Hendaya pero residen en Irún y cada día cruzan el puente para ir a trabajar. Como trabajadores, están sujetos a la legislación francesa y es Francia el Estado que asume el coste de la asistencia sanitaria que les es servida en España.

Poco importa que sean residentes en España y que la legislación española reconozca el derecho a asistencia sanitaria a todos los residentes en territorio español: de acuerdo con las normas de determinación de la legislación aplicable incluidas en el Título II del Reglamento 883/04 (que prima sobre las legislaciones nacionales), estas personas están sujetas a la legislación francesa en su condición de trabajadores y por ello Francia es su Estado de aseguramiento a efectos de asistencia sanitaria.

En esta misma situación se encuentran los trabajadores desplazados, que son enviados por su empresa durante un determinado periodo de tiempo (no superior a dos años) a trabajar al territorio de otro Estado y que siguen, durante ese tiempo, sujetos a la legislación del Estado de envío.

Y lo mismo sucede con los miembros de la familia de los asegurados de un Estado que trasladan su residencia al territorio de otro Estado miembro. En principio, siguen cubiertos por el Estado de aseguramiento del familiar del que son beneficiarios, salvo que adquieran un derecho propio a asistencia sanitaria en su Estado de residencia.

A estos efectos, el artículo 32 del Reglamento 883/04 establece una serie de normas

de prioridad de derechos, en virtud de las cuales el derecho propio (como asegurado) prima sobre el derecho derivado de la condición de familiar, salvo que el derecho propio se reconozca por la mera residencia y el derivado derive de una actividad.

Esto supone que una persona que no trabaja y reside en España y que está casada con una persona que trabaja en Portugal va a tener derecho prioritario a asistencia sanitaria a cargo de Portugal, porque su derecho propio en España deriva de la mera residencia, mientras que su derecho derivado deriva del trabajo en Portugal de su cónyuge.

Al igual que sucede en las situaciones de estancia temporal y en los tratamientos programados, las prestaciones que va a recibir el asegurado son las previstas en la legislación del Estado de residencia y le serán servidas en las mismas condiciones que a los asegurados de dicho Estado con la asunción, en su caso, de los copagos previstos en dicha legislación.

Una peculiaridad que se presenta en las situaciones de residencia en un Estado miembro distinto del competente es la determinación de quienes van a ser considerados como miembros de la familia con derecho a asistencia sanitaria derivado.

En la cobertura durante una estancia temporal y en los tratamientos programados en otro Estado, el Estado de aseguramiento cubre la asistencia sanitaria de quienes ostentan la condición de asegurados y beneficiarios conforme a su legislación nacional. Sin embargo, en caso de residencia en un Estado distinto del competente, es la legislación del Estado de residencia la que determina quiénes son familiares del asegurado de otro Estado y, por tanto, tienen derecho a cobertura sanitaria en su territorio con cargo al Estado competente del asegurado.

Así, mientras que el hijo de 21 años de un trabajador puede ser beneficiario de dicho trabajador en virtud de la legislación del Estado "A" de aseguramiento (y por ello Estado "A" le expedirá la Tarjeta Sanitaria Europea para sus desplazamientos temporales al territorio de los demás Estados miembros), si traslada su residencia al Estado "B", en el que sólo son bene-

ficiarios los hijos menores de edad, no tendrá derecho a cobertura sanitaria en B a cargo de A.

Como adelantábamos en el apartado anterior, existen dos sistemas para la facturación entre Estados miembros del coste de la asistencia sanitaria servida a los asegurados de un Estado miembro residentes en el territorio de otro Estado miembro: por gasto real y por cuota global⁹. Estos procedimientos de reembolso se encuentran regulados en el capítulo 1 del Título IV del Reglamento 987/09.

La facturación por gasto real no es otra que la que ya analizamos cuando hablamos de la cobertura sanitaria durante una estancia temporal: el Estado de tratamiento factura a cada Estado de aseguramiento el coste real de todos y cada uno de los tratamientos servidos a los asegurados de cada Estado que residen en su territorio.

Esta es la norma general de facturación del coste de la asistencia sanitaria entre Estados miembros, tanto para la asistencia servida durante estancia temporal como en los casos de residencia en un Estado distinto del competente.

Sin embargo, cuando las estructuras jurídicas o administrativas no hacen adecuada la práctica del reembolso basado en gasto real, el artículo 35 del Reglamento 883/04, desarrollado por el 63.1 del Reglamento 987/09, permiten a los Estados miembros listados en el Anexo 3¹⁰ de este segundo reglamento facturar con arreglo a importes a tanto alzado. Se trata de la facturación por cuota global regulada en la Sección 2 del Título V (disposiciones financieras) del Reglamento 987/09.

⁹ Para más información sobre el procedimiento de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria entre Estados miembros, véanse las siguientes Decisiones de la Comisión Administrativa:

- Decisión nº S6, de 22 de diciembre de 2009, relativa a la inscripción en el Estado miembro de residencia con arreglo al artículo 24 del Reglamento (CE) nº 987/2009, y a la elaboración de los inventarios a que se refiere el artículo 64, apartado 4, del Reglamento (CE) nº 987/2009.

- Decisión nº S9, de 20 de junio de 2013, relativa a los procedimientos de reembolso en aplicación de los artículos 35 y 41 del Reglamento (CE) nº 883/2004

¹⁰ Véase la nota al pie de página número 6.

No quiere ello decir que estos Estados facturen toda la asistencia que sirven a los asegurados de otros Estados por cuota global.

Éstos facturan por gasto real el coste de la asistencia servida en estancia temporal y el de los tratamientos programados, pero también el coste de la asistencia sanitaria servida a los asegurados no pensionistas y a los miembros de su familia que residen en un Estado miembro distinto del competente.

Así, tal y como estipula el apartado 2 del propio artículo 63 antes citado, por cuota global únicamente se factura el coste de la asistencia sanitaria servida a dos colectivos:

- A los miembros de la familia que no residen en el mismo Estado miembro que la persona asegurada (por ejemplo, la cónyuge residente en España de la persona que trabaja en Portugal de la que hablábamos hace un momento si su cónyuge residiera en Portugal)
- y a los pensionistas y miembros de su familia que residen en un Estado miembro distinto del competente.

En síntesis, el Estado miembro de residencia determina el importe a tanto alzado mensual por persona para cada año civil, de acuerdo con la fórmula prevista en el artículo 64 del Reglamento 987/09, y hace un inventario de los asegurados de cada Estado miembro residentes en su territorio por lo que puede facturar por cuota global. La cantidad a facturar por cada asegurado es el resultado de multiplicar el citado importe mensual por el número de meses resididos en el Estado de residencia. Y la cuota global total a facturar a cada Estado será el resultado de sumar las cantidades a facturar por cada uno de sus asegurados incluidos en el inventario correspondiente.

Un problema vinculado a este mecanismo de facturación deriva de las dificultades a que se enfrenta, en ocasiones, el Estado de residencia para confeccionar un inventario ajustado a la realidad.

No es infrecuente que los asegurados de otros Estados retornen a su Estado de aseguramiento sin informar de este cambio de re-

sidencia a la institución del Estado en el que venían residiendo. Por su parte, la institución del Estado de aseguramiento a menudo se demora en su obligación de comunicar al Estado de anterior residencia este cambio.

La consecuencia de ello es que el Estado de residencia desconoce que el asegurado en cuestión ya no reside en su territorio y factura al Estado de aseguramiento una cuota por meses en los que el interesado en teoría ya no residía en su territorio. Por su parte, el Estado de aseguramiento rechaza las facturas correspondientes, ocasionando distorsiones en el funcionamiento del sistema de facturación e incurriendo así en costes administrativos adicionales.

Además, durante el lapso de tiempo entre el cambio de residencia y su comunicación, es que el interesado puede seguir accediendo al sistema sanitario del Estado en el que venía residiendo, como si siguiera residiendo en él, puesto que no ha sido dado de baja.

Otra dificultad relacionada con la cobertura sanitaria en caso de residencia en un Estado distinto del competente radica en la complejidad que a veces se presenta en la práctica para determinar si una persona reside o se encuentra en estancia temporal en el territorio de un determinado Estado miembro.

Y esta complejidad deriva de la propia ambigüedad del Reglamento 883/04 que define, en su artículo 1, la residencia como “el lugar en que una persona reside habitualmente” y estancia como “la residencia temporal”.

El artículo 11 del Reglamento 987/09, en un afán aclaratorio, añade que la residencia está en el lugar en el interesado que tiene establecido su centro de intereses. Y, a efectos de ubicar dicho centro de intereses, establece una serie de factores que pueden tenerse en cuenta, tales como la duración y continuidad de la presencia en el territorio, la situación familiar o el grado de permanencia del alojamiento.

Sin embargo, estos no dejan de ser criterios dotados de una gran dosis de subjetividad que no permiten a menudo determinar claramente en qué Estado reside una persona.

No son infrecuentes los casos de personas que pasan aproximadamente la mitad del año en un Estado y la otra mitad en otro, son propietarios de viviendas en ambos Estados, no realizan actividad profesional ni parecen tener vínculos más estrechos con ninguno de los Estados implicados.

La distinción entre una u otra situación no sólo incide en la forma de facturación de la asistencia servida, sino que afecta, además, a la organización interna de las infraestructuras de prestación sanitaria que normalmente se diseñan y dotan de recursos financieros y humanos en función de la población (residentes) a la que deben atender.

3. COBERTURA DE LOS TRABAJADORES Y DE LOS DEMANDANTES DE EMPLEO

3.1. Personas cubiertas por las normas comunitarias de coordinación de la asistencia a sanitaria

3.1.1. *La piedra angular de la cobertura: el concepto de persona asegurada*

El Reglamento 883/04 establece dos bloques de reglas de coordinación de la asistencia sanitaria en atención a los colectivos a los que se aplican: una para los pensionistas y otro para las demás personas aseguradas.

Además prevé, en su artículo 31, que en caso de que una persona tenga un derecho a asistencia sanitaria derivado del ejercicio de una actividad y sea, a la vez, pensionista, se le aplicarán las reglas previstas para asegurados.

Hasta ahora hemos hablado mucho de las personas aseguradas, pero ¿Quiénes son?

El artículo 1 del Reglamento 883/04 define en su letra c) como persona a asegurada a efectos de asistencia sanitaria a toda persona que reúna las condiciones requeridas por la legislación del Estado miembro competente para tener derecho a las prestaciones, habida cuenta de las disposiciones de dicho Reglamento.

Estamos ante una norma de coordinación, por lo que, inevitablemente, se remite a la legislación nacional del Estado que resulte competente, para fijar quienes y bajo qué condiciones tienen cobertura sanitaria.

Conviene recordar que, en virtud del principio de unicidad de la legislación aplicable, principio fundamental de la coordinación, las personas incluidas en el campo de aplicación personal de dichas normas sólo pueden estar simultáneamente sujetas a la legislación de un único Estado.

Y para saber qué Estado es el competente, tenemos que acudir a las normas de determinación de la legislación aplicable contenidas en el Título II del Reglamento 883/04.

A muy grandes rasgos, y pidiendo de antemano disculpas a los expertos en legislación aplicable, que seguramente se llevarán las manos a la cabeza por la simplificación que formulo a continuación, me aventuro a señalar lo siguiente:

La norma general recogida en el artículo 11.3.a) del Reglamento 883/04 es la *lex loci laboris*: los trabajadores están sujetos a la legislación del Estado en cuyo territorio trabajan.

A estos efectos de la aplicación de las reglas para la determinación de la legislación aplicable, de acuerdo con el artículo 11.2, quienes perciben prestaciones económicas (distintas de las pensiones) como consecuencia de una actividad laboral se consideran trabajadores.

Así, por ejemplo, una persona en situación de incapacidad temporal, o que se encuentra disfrutando de un permiso de maternidad o paternidad, se considera trabajador.

Luego existen una serie de situaciones especiales reguladas en el mismo artículo 11.3:

- Los funcionarios están sujetos a la legislación del Estado del que depende la Administración para la que trabajan.
- Los perceptores de desempleo están sujetos a la legislación del Estado que les abona la prestación.

- A las personas que están realizando el servicio militar les es de aplicación la legislación del Estado en que prestan el servicio, las personas no incluidas en las categorías anteriores (y aquí se incluyen los inactivos), están sujetos a la legislación del Estado miembro de residencia, salvo que el Reglamento disponga otra cosa¹¹.

Y además, el Reglamento, en sus artículos 12 a 15, prevé otras normas particulares:

- Los trabajadores desplazados están sujetos a la legislación del Estado de envío. Este sería el caso de trabajadores a los que una empresa que ha contratado en España y les envía a Polonia a trabajar un año. En virtud del artículo 12 del Reglamento 883/04, seguirán sujetos a la legislación española durante ese año, cotizando en España y siendo España el Estado de aseguramiento a efectos de cobertura sanitaria.
- Las personas que ejercen actividades simultáneas en dos o más Estados miembros, de acuerdo con las normas previstas en el artículo 13, están sujetas a la legislación del Estado de residencia si ejercen una actividad sustancial en él y, en su defecto, a la legislación del Estado en que tenga su sede la empresa.

Para determinar la legislación aplicable a efectos de cobertura sanitaria, y llevando al extremo la simplificación ya iniciada, podemos hablar de cuatro colectivos:

- Trabajadores, en los que incluiremos a los perceptores de prestaciones económicas y de desempleo, que están sujetos a la legislación del Estado en el que cotizan o del reciben la prestación.
- Pensionistas, que están sujetos a la legislación del Estado que les abona la pensión.

¹¹ Precisamente en el capítulo de enfermedad se disponen normas específicas que determinan el Estado miembro competente de los pensionistas y miembros de la familia de asegurados y pensionistas.

- Miembros de la familia, asegurados conforme a la legislación del Estado competente de la persona de las que deriva su derecho a asistencia sanitaria.
- Inactivos, sujetos a la legislación del Estado en el que residen.

Como hemos anunciado al principio de este apartado, el Reglamento 883/04 prevé una serie de disposiciones especiales en materia de asistencia sanitaria para los pensionistas.

En virtud del principio de unicidad de la legislación aplicable, los asegurados sólo pueden estar sujetos a la legislación de un único Estado miembro. Conforme a lo indicado, para trabajadores, miembros de la familia e inactivos, este Estado único es respectivamente: en el que se cotiza, del que se recibe una prestación derivada del trabajo, el competente para el asegurado del que deriva el derecho de los miembros de la familia o el de residencia.

Sin embargo, en una sociedad cada vez más migrante, en la que las carreras profesionales transfronterizas son cada vez más frecuentes, es habitual encontrarnos con pensionistas que reciben pensiones de más de un Estado miembro.

Y en estos casos, se hace necesario establecer normas de determinen cuál de los Estados que abonan pensiones será el responsable de asumir el coste de la asistencia sanitaria. Porque aquí también rige la unicidad: el coste de la asistencia sanitaria servida a una persona sólo puede ser asumido por un único Estado, su Estado de aseguramiento.

A grandes rasgos, las reglas, previstas en los artículos 23 a 25 del Reglamento 883/04, son las siguientes:

- Si el pensionista recibe dos o más pensiones y el Estado en que reside abona una de ellas, será éste el Estado de aseguramiento.
- Si el pensionista recibe dos o más pensiones pero el Estado en el que reside no le abona ninguna pensión, será competente el Estado a cuya legislación el pensionista estuvo sujeto más tiempo.

- Si, en el supuesto anterior, resulta que estuvo sujeto a las legislaciones de dos o más Estados durante un periodo de misma duración, será competente aquél de éstos a cuya legislación estuvo sujeto en último lugar.

Seguramente con un ejemplo se verá más claro: Pongamos que una persona ha trabajado primero 15 años en España y luego 12 en Francia, y recibe pensiones de ambos Estados.

Si reside en Francia, estará asegurada en Francia y ésta asumirá el coste de la asistencia sanitaria, pero si reside en Portugal, el coste será asumido por España, puesto que es en ese Estado en el que acredita un periodo más largo.

Si en lugar de trabajar 15 años en España, hubiera trabajado 12 (los mismos que en Francia), y, como en el caso anterior, residiera en Portugal, Francia sería el Estado competente por ser aquél en el que acredita periodos en último lugar.

Cuando, en virtud de las normas que acabamos de ver sobre determinación de la legislación aplicable, la legislación española es la aplicable, la persona interesada tendrá la consideración de asegurada a efectos de asistencia sanitaria si reúne los requisitos exigidos al efecto por dicha legislación y, concretamente, por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el Acceso Universal al Sistema Nacional de Salud, con la redacción anterior del artículo 3 de la citada Ley 16/2003, desarrollado por el Real Decreto 1192/2012, eran asegurados en España:

- Los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- Los pensionistas del sistema de la Seguridad Social español.
- Los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza.

- Quienes habían agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza.
- Los menores de edad sujetos a tutela administrativa.
- Y las personas no comprendidas en los supuestos anteriores que, no teniendo ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, residían legalmente en España.

A partir del mencionado Real Decreto-ley 7/2018, de acuerdo con el punto 1 de su disposición adicional única, se consideran aseguradas en el sentido de los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social aquellas personas que se encuentren incluidas en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, es decir, los españoles residentes habituales en España, los extranjeros con residencia legal y habitual en España y todas aquellas personas que tengan reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título, aun no teniendo residencia habitual en España.

Además, dado que el artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003 reconoce el derecho a la protección de la salud a quienes se encuentren en España sin residencia legal en territorio español, es de suponer que estas personas tendrán igualmente la condición de aseguradas en el sentido del artículo 1 del Reglamento 883/04, siempre que dicho Reglamento les sea aplicable¹². No obstante lo anterior, toda interpretación de esta nueva normativa puede resultar prematura y debe por tanto llevarse a cabo con la mayor de las cautelas.

Teniendo en cuenta que el artículo 3.bis.1 de la Ley 16/2003, en su nueva redacción, prevé un futuro desarrollo reglamentario para

determinar la forma en que se llevará a cabo el reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud, cabe esperar que el reglamento correspondiente despejará muchas de las incógnitas que presenta esta nueva regulación.

Por otra parte, como hemos señalado, los miembros de la familia tienen reglas especiales en materia de asistencia sanitaria. En efecto, el Reglamento 883/04 confiere cobertura sanitaria tanto a los asegurados como a los miembros de su familia. Éstos tienen también reconocido el derecho a asistencia sanitaria, pero no por sí mismos, sino que se trata de un derecho derivado del derecho de otra persona. Son los que, en la legislación española, denominamos beneficiarios.

Recordemos que el Reglamento 883/04 dispone que se les aplica la misma legislación que a los asegurados de los que deriva su derecho a asistencia sanitaria, salvo cuando residen un Estado miembro distinto del competente, en cuyo caso la legislación que determina quienes son miembros de la familia es la del Estado de residencia.

Conforme a la nueva normativa española, parece que el concepto de asegurado y beneficiario han sido superados y que la universalización ha conllevado el reconocimiento de un derecho propio derecho a la protección de salud a todas las personas residentes en España.

Sin embargo, y a los solos efectos de la aplicación de las normas internacionales de coordinación de los sistemas de seguridad social y de la normativa vigente en materia de medicamentos, la disposición adicional única del Real Decreto-ley 7/2018 dispone en su apartado 2 que tendrán la condición de beneficiarios las siguientes personas:

- Los cónyuges y las personas con análoga relación de afectividad.
- Los descendientes y personas asimiladas a cargo que sean menores de 26 años o, tengan una discapacidad en un grado igual o superior al 65%.

Para ello, deben reunir los siguientes requisitos: No ostentar la condición de traba-

¹² Debe tenerse en cuenta el Reglamento (UE) n° 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004 y el Reglamento (CE) n° 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos. El mismo supedita la aplicación de dichos Reglamentos a los nacionales de terceros países a que los mismos estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro.

jadores, pensionistas o perceptores de prestaciones periódicas de la seguridad social, y tener residencia autorizada y efectiva en España. No se exige residencia en España a quienes estén a cargo de trabajadores desplazados por su empresa fuera del territorio español en situación asimilada a de alta en el correspondiente régimen de la seguridad social ni a quienes dicha residencia no sea exigible en virtud de una norma internacional de seguridad social.

Lo que, en todo caso, resulta claro, y no se ha visto alterado por la nueva regulación española, es que toda persona a la que la legislación de un Estado miembro reconoce el derecho a asistencia sanitaria, es persona asegurada a los efectos de la aplicación de las normas sobre cobertura sanitaria transfronteriza de los Reglamentos 883/04 y 987/09.

En este contexto, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del TJUE¹³, la calificación que se dé a una prestación a nivel interno, así como la distribución de competencias que se establezca a nivel nacional, son irrelevantes. Toda prestación relativa a una de las ramas de seguridad social contemplada en el Reglamento 883/04 debe ser considerada como una prestación de Seguridad Social incluida en el campo de aplicación de dicho Reglamento.

En consecuencia, toda persona a la que se reconoce el derecho a la protección de la salud en virtud de la legislación de un Estado miembro debe ser considerada persona asegurada a los efectos la aplicación de las normas sobre cobertura sanitaria del Reglamento 883/04, y ello con independencia de su forma de financiación (mediante impuesto o cotizaciones), del carácter estatal o regional de la norma que lo regula y de si esa prestación se incluye en la acción protectora de seguridad social o constituye asistencia social en el Estado correspondiente.

¹³ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE en los asuntos Hoeckx (249/83), Scrivner (122/84), Newton (C-356/89), Molenaar (C-160/96), Hosse (C-283/03) y Stewart (C-503/09), entre otros.

3.1.2. Trabajadores y demandantes de empleo

A estas alturas, el lector se estará preguntando si el título de este artículo es engañoso, o si a la autora se le ha ido de las manos la introducción. En realidad, y aunque tal vez no puedan descartarse por completo ninguna de estas hipótesis, lo cierto es que los Reglamentos Comunitarios de coordinación de los sistemas de seguridad social no prevén ninguna norma específica para la cobertura sanitaria de los trabajadores ni para los demandantes de empleo.

Por lo que respecta a los trabajadores, la extensa introducción, que en realidad no lo era, ya ha identificado las claves fundamentales de su cobertura: están cubiertos por la legislación del Estado en el que trabajan o a cuyo sistema de seguridad social están afiliados. Recordemos que una persona puede trabajar en el territorio de un Estado pero estar sujeto, por dicha actividad, a la legislación de otro (funcionarios, desplazados, trabajadores que ejercen actividad simultánea en distintos Estados).

Sintetizando lo ya expuesto, llegamos a la conclusión de que el Estado competente cubre los gastos de la asistencia sanitaria que reciben los trabajadores tanto en su territorio como en el de los demás Estados miembros, ya sea durante una estancia temporal, cuando se trate de un tratamiento programado o en caso de residencia en el territorio de otro Estado.

Sin embargo, si hablamos de la cobertura sanitaria del otro colectivo objeto de este análisis, no nos queda más remedio que proclamar que los demandantes de empleo no existen.

Tal afirmación debe contextualizarse, por supuesto, en relación con lo señalado en el apartado anterior.

Es obvio que hay demandantes de empleo, personas que pudiendo y queriendo trabajar no encuentran un empleo y que se ponen a disposición de los Servicios Públicos de Empleo en busca de trabajo, y que se trata de un colectivo trágicamente numeroso.

Sin embargo, si atendemos a los colectivos protegidos expresamente por las normas de

coordinación de la cobertura sanitaria transfronteriza y a los grupos que hemos identificado en función de la legislación aplicable, no los encontraremos como categoría específica. Así, tenemos que concluir que los demandantes de empleo como tales no existen, y que sus derechos de asistencia sanitaria transfronteriza van a depender del colectivo en el que se incluyan en cada caso concreto.

No tendrán cobertura sanitaria durante sus desplazamientos temporales o en caso de traslado de su residencia a otro Estado como demandantes de empleo, sino como perceptores de prestaciones por desempleo, como perceptores de otras prestaciones periódicas, como familiares de un asegurado, como pensionistas, o como inactivos.

Y dependiendo de la categoría en la que se incluyan tendrán, como veremos a continuación, una u otra cobertura.

3.2. Cobertura sanitaria transfronteriza

3.2.1. *Una realidad inexorable: sin derecho no hay exportación*

Como señalábamos al principio de la exposición, en materia de coordinación de asistencia sanitaria, lo que se exporta es el derecho. Si una persona está cubierta a efectos de asistencia sanitaria en un determinado Estado, el Reglamento permite que siga cubierta cuando se encuentre el territorio de otro Estado miembro.

El punto de partida es que la persona en cuestión esté sujeta a la legislación de que se trate, puesto que un cambio en la situación de la persona, como puede ser el inicio de una actividad laboral en otro Estado o el traslado de su residencia, puede conllevar un cambio de Estado competente.

En efecto, si una persona que estaba trabajando y cotizando en Francia termina esa relación laboral e inicia una nueva actividad en Alemania, por la que es dada de alta y cotiza en Alemania, pasará a estar asegurada a efectos de asistencia sanitaria en Alemania y Francia ya no asumirá el coste de asistencia sanitaria que le sea servida.

Este ejemplo parece claro, pero ¿y si la cobertura sanitaria no derivara del ejercicio una actividad profesional sino de la residencia?

Pues, en realidad, la respuesta es la misma. Como ya hemos indicado, las personas económicamente inactivas, en principio, están sujetas a la legislación del Estado miembro en el que residen. Así, en estos casos, un cambio de residencia conllevaría un cambio de Estado miembro competente y por tanto un cambio en el Estado de aseguramiento.

Una vez determinado el Estado miembro competente (aquel cuya legislación es la aplicable), debe analizarse si la persona en cuestión tiene cobertura sanitaria en el mismo.

Parece lógico que si una persona que está sujeta a una determinada legislación no tiene derecho en virtud de la misma a asistencia sanitaria (porque no todos los sistemas son universales ni cubren a toda su población), el hecho de cruzar la frontera no va a cambiar su situación de falta de cobertura.

Pero es que, además, no basta con que la persona tenga o haya tenido cobertura en un momento dado, sino que ese derecho debe mantenerse en el tiempo, al menos durante todo el periodo en que se encuentre en el otro Estado, para que el Estado competente siga proporcionando la cobertura sanitaria, es decir, asumiendo el coste de la asistencia que le sea servida.

Y, en este contexto, hay que asumir que no siempre va a existir cobertura a cargo de un determinado Estado.

Sin embargo, esta afirmación es especialmente difícil de entender en países en los que, como sucede en España, existe derecho a asistencia sanitaria por el mero hecho de residir en su territorio.

En sistemas sanitarios en los que la cobertura sanitaria se articula mediante la suscripción de un seguro de enfermedad, parece bastante más claro que en sistemas de acceso universal y directo en los que no existen seguros de enfermedad.

Si una persona está asegurada en un Estado “x” mediante la suscripción del seguro de enfermedad correspondiente y deja de abonar la cuota de dicho seguro, su cobertura cesa, y deja de estar cubierto en ese Estado y en caso de que se desplace a otro Estado.

En el sistema español no resulta tan claro, máxime tras la reforma de la normativa reguladora de la asistencia sanitaria, introducida mediante el Real Decreto-ley 7/2018, pendiente aún de desarrollo reglamentario.

Antes de dicha reforma, nuestro sistema estaba estructurado de manera a tratar de garantizar que no se produjera un vacío de cobertura mientras se residiera en España. Un trabajador que perdía su trabajo, pasaba a percibir una prestación por desempleo, en su caso un subsidio con posterioridad, y tras haber agotado el subsidio, seguía incluido en una categoría de aseguramiento. Una persona que nunca había trabajado podía ser beneficiaria de sus padres o de su pareja/cónyuge/ex cónyuge, y si no lo era o dejaba de serlo, podía tener cobertura por su mera residencia en España.

Actualmente, tras el Real Decreto-ley 7/2018 y a la espera del desarrollo reglamentario previsto, el único requisito para tener derecho a asistencia sanitaria en España parece ser el de residir en territorio español.

Pero al margen de los cambios normativos que se van produciendo en materia de cobertura sanitaria, se ha consagrado a lo largo de los años una errónea concepción del derecho a asistencia sanitaria que está muy generalizada y consiste en pensar que uno tiene derecho a asistencia sanitaria por ser español. Y, como hemos visto, esto no es así, sino que, independientemente de la nacionalidad, tendrán derecho a asistencia sanitaria en virtud de la legislación española quienes cumplan los requisitos exigidos por la misma para ello (antes, ser asegurado o beneficiario; ahora, residir en territorio español). Y es que no puede ser de otra manera, pues una norma que vinculara el derecho a asistencia sanitaria a la nacionalidad vulneraría el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 4 del Reglamento 883/04¹⁴.

¹⁴ El artículo 4 dispone expresamente que “Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las

Igual que en los sistemas que funcionan a través de seguros debe abonarse la cuota para mantener la cobertura, en los sistemas sanitarios públicos deben cumplirse los requisitos exigidos por la legislación aplicable para tener y mantener el derecho a esa cobertura. Si dejan de cumplirse los requisitos, el derecho desaparece. Y, como anunciábamos en el título de este apartado, sin derecho no hay exportación.

Este principio básico y, a primera vista, totalmente lógico, en la práctica, ha llevado a una importante controversia en España, que, sin duda, no es desconocida para el lector, y que no es otra que la de los famosos 90 días.

Hace unos años, saltó a la prensa (y es una creencia aún hoy por hoy muy extendida), que cualquier persona asegurada en España que se va más de 90 días del territorio español va a perder inevitable e indefinidamente su derecho a asistencia sanitaria.

Este revuelo se produjo a raíz de una nueva disposición adicional que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014 introdujo en la Ley General de la Seguridad Social de 1994¹⁵. Dicha disposición adicional estableció, en su apartado 2, que el derecho a las prestaciones sanitarias en las que se exija la residencia en territorio español se mantendrá aun cuando haya estancias en el extranjero, siempre que éstas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural¹⁶.

Es decir, que esto únicamente se aplica cuando la persona cuyo aseguramiento en España depende de su residencia y cuando esa persona traslada su residencia a otro Estado, entendido este traslado como una ausencia superior a 90 días del territorio español.

obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento”.

¹⁵ Disposición adicional sexagésima quinta del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, introducida mediante la Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado para 2014.

¹⁶ Actualmente esta regulación se recoge en el artículo 51.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre.

En virtud de la normativa española anterior, este requisito no era aplicable ni a trabajadores, ni a perceptores de prestaciones periódicas, ni a pensionistas, ni a beneficiarios de los anteriores, puesto que el Real Decreto 1192/2012 no supeditaba estas condiciones de aseguramiento al cumplimiento del requisito de residencia en España.

Ahora, la única condición que exige nuestra norma para dar cobertura sanitaria es que se mantenga la residencia en España. Así, de una primera lectura, parece desprenderse que desaparecida esta residencia, el derecho no podrá mantenerse fuera de nuestras fronteras más de 90 días naturales a lo largo de cada año.

Para las personas inactivas, la situación no ha cambiado, pues tanto la norma anterior como la actual exigen residencia en España, y trascurridos 90 días fuera de territorio español esa residencia no se mantiene. Estas personas, como veremos más adelante, pasarán a estar sujetas a la legislación del Estado miembro al que se hayan trasladado, y podrán acceder a los derechos previstos en la legislación de su nuevo Estado competente en las condiciones establecidas en la misma.

Para los pensionistas y sus familiares, el propio Reglamento 883/04 dispone que el Estado de aseguramiento debe cubrir a sus pensionistas residentes en el territorio de otros Estados miembros si dichos pensionistas habrían tenido derecho a asistencia sanitaria de residir en su propio territorio, por lo que este colectivo tampoco parece verse afectado por el cambio normativo español.

Respecto de los trabajadores y perceptores de prestaciones periódicas y sus beneficiarios, la norma comunitaria no prevé sin embargo reglas análogas. Únicamente establece que los asegurados de un Estado que residen en otro o que requieran asistencia sanitaria durante su estancia en el territorio de otro Estado tendrán derecho a misma a cargo del Estado de aseguramiento.

La dificultad aquí versa en saber si los trabajadores y perceptores de prestaciones periódicas que se ausenten del territorio español más de 90 días o que tengan establecida su

residencia fuera del territorio español van a seguir cubiertos por España a efectos de asistencia sanitaria. Y aquí, una vez más, deberá esperarse al desarrollo reglamentario.

Durante esta espera, pueden identificarse indicios que apuntan a que la situación de cobertura transfronteriza de estos colectivos a los que la ley anterior no exigía residencia podría no verse afectada por el cambio normativo.

Por una parte, como ya hemos señalado, de acuerdo con las normas de determinación de la legislación aplicable del Reglamento 883/04, estas personas pueden estar sujetas a la legislación española sin necesidad de residir en España.

Por otra parte, la propia Ley 16/2003 en su nueva redacción, prevé disposiciones que parecen apuntar al mantenimiento de los derechos de cobertura transfronteriza existentes hasta su entrada en vigor.

El artículo 3.2.b) señala que tienen derecho a la protección de la salud quienes tienen reconocido su derecho a asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico aun no teniendo su residencia habitual en territorio español. Así, la propia norma prevé una excepción al requisito de residencia en España.

En este mismo sentido, podría interpretarse también la ya analizada disposición adicional única del Real Decreto-ley 7/2018, que establece una definición de asegurado a efectos de la aplicación de las normas internacionales que se remite precisamente al artículo 3.2 de la Ley 16/2003.

En tercer lugar, el nuevo artículo 3.bis de la Ley 16/2003 atribuye las competencias en materia de gestión de los derechos de asistencia sanitaria en aplicación de las normas internacionales de coordinación de los sistemas de seguridad social a una Entidad gestora de la Seguridad Social (en concreto al Instituto Nacional de la Seguridad Social).

El hecho de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social ya fuera, antes de la reforma, competente en esta materia respecto

de las personas incluidas en los regímenes de la Seguridad Social por él gestionados, podría interpretarse en el sentido de que no parece ser la voluntad del legislador alterar los derechos de cobertura sanitaria conferidos en virtud de la normativa anterior al amparo de las normas internacionales de seguridad social.

3.2.2. Cobertura en el Estado de acogida

Conforme a lo indicado en el apartado anterior, el lector sin duda habrá llegado ya a la conclusión de que trabajadores y demandantes de empleo (en el colectivo en que estos últimos se incluyan) pueden tener cobertura sanitaria cuando se desplacen o trasladen su residencia al territorio de otro Estado, bien a cargo del Estado desde el que se desplazan bien a cargo del Estado al que se desplazan, o carecer de cobertura, dependiendo de la legislación que les resulte aplicable.

Si mantienen su derecho a asistencia sanitaria conforme a la legislación del Estado desde el que se desplazan, por seguir cumpliendo los requisitos exigidos por la misma, y esa legislación les sigue siendo aplicable, estarán cubiertos a efectos de asistencia sanitaria por dicho Estado.

En el caso de los trabajadores, mientras mantengan su afiliación al sistema de seguridad social del Estado de aseguramiento y mantengan su condición de trabajadores, seguirán en principio cubiertos por ese Estado, tanto si se desplazan temporalmente como si trasladan su residencia a otro Estado. Esto es igualmente aplicable a los miembros de su familia.

Respecto de los demandantes de empleo, como hemos visto, debemos distinguir en función del colectivo de aseguramiento previsto en la norma comunitaria.

Si se trata de personas que están percibiendo una prestación por desempleo u otra prestación periódica derivada de una actividad anterior, estarán cubiertos por la legislación del Estado que les abona la prestación mientras la estén percibiendo.

Esto supone que si la prestación no es exportable al territorio de otro Estado o lo es

sólo por un periodo de tiempo determinado, no existirá cobertura sanitaria a cargo del Estado que la abona o la misma sólo se mantendrá durante el periodo de exportación de la prestación. A estos efectos, cabe recordar que, en virtud del artículo 64 del Reglamento 883/04, las prestaciones por desempleo son exportables por un periodo de tres meses, ampliable a otros tres; es decir, por un máximo de seis meses.

Los demandantes de empleo que sean beneficiarios y que se desplacen temporalmente al territorio de otro Estado, seguirán cubiertos a efectos de asistencia sanitaria a cargo del Estado competente siempre que tanto el asegurado como ellos mismos sigan reuniendo las condiciones previstas en la legislación aplicable para ostentar tal condición.

Así por ejemplo, el desempleado de 23 años que sea hijo de un asegurado en España y que se desplace a Alemania a buscar trabajo seguirá cubierto a efectos de asistencia sanitaria en sus desplazamientos temporales a Alemania a cargo de España. Al cumplir los 26 años, si sigue en la misma situación, pasará a ser considerado inactivo.

Si estos demandantes de empleo / beneficiarios trasladan su residencia al territorio de otro Estado, como ya hemos apuntado anteriormente, seguirán cubiertos por su Estado de aseguramiento siempre que el asegurado mantenga su derecho conforme a dicha legislación y que mismos ellos reúnan los requisitos establecidos por la legislación del Estado al que se trasladan para ostentar la condición de beneficiarios.

En el ejemplo anterior, si Alemania únicamente considera beneficiarios a los menores de 18 años, el desempleado no podrá seguir cubierto por España y pasará a ser considerado inactivo.

Si el demandante de empleo recibe una pensión, estará cubierto por el Estado que se la abona, tanto si se desplaza temporalmente al territorio de otro Estado, como si traslada su residencia. Tal sería el caso de una persona desempleada que recibe una pensión de viudedad y que se va a buscar trabajo a otro Estado miembro.

Si se trata de demandantes de empleo inactivos no incluidos en los grupos anteriores, seguirán cubiertos por la legislación del Estado desde el que se desplazan, siempre y cuando reúnan los requisitos para mantener su condición de asegurados y siempre que se trate de un desplazamiento temporal, puesto que si trasladan su residencia pasarán estar sujetos a la legislación de su nuevo Estado de residencia.

Puede suceder, así, que el demandante de empleo deje de estar cubierto por la legislación del Estado desde el que se desplaza y pase a estar sujeto a la legislación del Estado al que se desplaza.

En cualquiera de estos casos, si el demandante de empleo encuentra trabajo en el país al que se desplaza, pasará a ser éste su Estado competente y tendrá derecho a la asistencia sanitaria en dicho país en la extensión y conforme a las condiciones exigidas por la legislación de dicho Estado.

El derecho que pudiera existir conforme al anterior Estado de aseguramiento decaerá inevitablemente, al pasar a ser la legislación del Estado de empleo la única aplicable, y la cobertura sanitaria deberá ser necesariamente a cargo de este nuevo Estado, incluso en los desplazamientos temporales al anterior Estado de aseguramiento.

A menudo esto no es fácil de comprender. Es frecuente que, quienes estando sujetos a legislación española partieron a otro Estado en busca de empleo y lo encontraron, tengan dificultades para comprender que la Tarjeta Sanitaria Europea que le emitió España en su momento ya no es válida en el país en el que ahora trabajan. Cuando, además, estas personas se ven obligadas a abonar una cuota al seguro de enfermedad de dicho Estado no es infrecuente que consideren que las normas comunitarias son injustas.

Del mismo modo, (y este punto resulta mucho más polémico por el sentimiento de arraigo), es misión casi suicida concienciarles de que la Tarjeta sanitaria individual que venían utilizando en España ya no es válida y que tienen que venir con la Tarjeta Sanitaria Europea emitida por su nuevo Estado competente.

En este contexto, conviene recordar que el Tribunal de Justicia de la UE, en diversas ocasiones¹⁷, ha señalado que las disposiciones del Reglamento 883/04 que determinan la legislación aplicable forman un sistema de normas de conflicto que sustrae a los legisladores nacionales la competencia para determinar el ámbito y los requisitos de aplicación de su legislación nacional en materia de asistencia sanitaria.

Y es que las normas comunitarias sobre determinación de la legislación aplicable y sobre competencia en materia de cobertura sanitaria poco entienden de nacionalidades y de nostalgia patria. Se trata de normas objetivas que buscan un reparto equitativo de los costes financieros entre Estados y que se basan en el aseguramiento de la persona en cada momento.

En todo caso, aquí también resulta especialmente difícil determinar si la persona que se desplaza a otro Estado a buscar empleo se ha desplazado temporalmente o ha trasladado su residencia a dicho Estado.

Puede también ocurrir, como ya hemos esbozado antes, que la cobertura conforme a la legislación del Estado de origen cese porque el demandante de empleo deje de reunir las condiciones exigidas por dicha legislación para mantener su aseguramiento. En el caso de los demandantes de empleo incluidos en la categoría de inactivos, si trasladan su residencia al territorio del Estado al que van a buscar empleo, dejarán igualmente de estar cubiertos por el Estado desde el que trasladan y pasarán a estar sujetos a la legislación de dicho Estado.

En todos estos casos, los demandantes de empleo tendrán, en el Estado al que han ido a buscar empleo, cobertura sanitaria conforme a la legislación prevista por dicho Estado y con cargo a dicho Estado, siempre que cumplan las condiciones exigidas por dicha legislación, y con cargo a dicho Estado.

Puede, por tanto, ocurrir que no reúnan las condiciones previstas en la legislación de su nuevo Estado competente y que se encuentren sin cobertura sanitaria.

¹⁷ Véanse las sentencias del TJUE en los asuntos Adán-Vega (C- 372/02-) o Van Delft (C-345/09).

4. CONCLUSIÓN

Los Reglamentos Comunitarios de seguridad social coordinan los sistemas de seguridad social de los 32 Estados miembros a los que se aplican, y, como hemos visto, establecen mecanismos que permiten que los derechos existentes en virtud de la legislación del Estado competente no se pierdan en caso de que su titular se desplace o traslade al territorio de los demás Estados miembros.

Sin embargo, estas normas no armonizan las legislaciones de dichos Estados ni pueden obligar a ningún Estado a reconocer derechos que no previstos por su legislación o a quienes no reúnan las condiciones exigidas por la misma.

Como el propio Tribunal de Justicia de la UE ha señalado en numerosas ocasiones¹⁸, el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social y corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones. En este mismo sentido, en más de una ocasión¹⁹, ha dictaminado que el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) obliga a coordinar y no a armonizar las legislaciones de los Estados miembros, por lo que las diferencias de fondo y de procedimiento entre los regímenes de seguridad social de cada Estado miembro y entre los derechos de las personas afiliadas a ellos, no se ven afectadas por el Tratado.

Asimismo, el citado Tribunal ha puesto de manifiesto²⁰ que el artículo 21.1 del TFUE no puede garantizar a un asegurado que su desplazamiento a otro Estado miembro sea neutro en lo que respecta a la seguridad so-

cial, especialmente por lo que se refiere a las prestaciones de enfermedad, y que, dadas las disparidades existentes entre los regímenes y legislaciones de los Estados miembros, tal desplazamiento puede ser más o menos ventajoso según el caso.

Es cierto que los Reglamentos no son la única norma que regula la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea.

El 24 de abril de 2011 entró en vigor la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza^{21, 22}.

En síntesis, esta norma establece, al igual que el Reglamento 883/04, mecanismos que permiten recibir asistencia sanitaria, tanto programada como no programada, en otro Estado miembro sin asumir su coste (al menos no su totalidad).

A diferencia de lo que sucede con el Reglamento 883/04, en virtud de esta Directiva los pacientes tienen libre elección de médicos, independientemente del sistema sanitario del Estado de tratamiento, y pueden por tanto acudir a centros privados. La contrapartida es, sin embargo, que el paciente tiene que asumir el coste de la asistencia que reciba y posteriormente solicitar el reembolso a la institución competente de su Estado de afiliación. Ese reembolso no podrá ser superior a la cuantía que habría costado el tratamiento recibido en caso de haber servido en el Estado de afiliación. Además, en virtud de la Directiva sólo está cubierta la asistencia recibida en estancia temporal, y no en caso de traslado de residencia a otro Estado.

Tal vez sea porque el sistema de adelantar el coste no está al alcance de todos los bolsillos, o quizás porque es una norma aún poco conocida por la población comunitaria.

¹⁸ Sentencias el TJUE en los asuntos Coonan (110/79), Duphar (238/82), Paraschi (C-349/87), Smits y Peerbooms (C-157/99), Stöber y Piosa Pereira (acumulados C-4/95 y 5/95), Sodemare y otros (C-70/95), Decker (C-120/95), Kohll (C-158/96), Müller-Fauré y Van Riet (C-385/99), Inizan (C-56/01) y Watts (C-372/04).

¹⁹ Sentencias del TJUE en los asuntos von Chamier-Glisczinski (C-208/07) y Van Deftl (C-345/09).

²⁰ Sentencias del TJUE en los asuntos von Chamier-Glisczinski (C-208/07) y Van Deftl (C-345/09).

²¹ DOUE L 88/45, de 04.11.2011.

²² Traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación.

No está claro a qué se debe, pero la realizada es que la Directiva 2011/24/UE no parece haberse hecho un hueco, en sus cuatro años de vigencia, en el universo de la asistencia sanitaria transfronteriza comunitaria.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Directiva, al igual que los Reglamentos únicamente, confiere cobertura mientras el interesado tenga y mantenga su derecho a asistencia sanitaria durante su desplazamiento, por lo que tampoco soluciona los casos

de laguna de cobertura señalados respecto de las normas de coordinación.

El Reglamento 883/04 y su Reglamento de aplicación, 987/09, siguen por tanto regulando en cuasi-monopolio la cobertura sanitaria transfronteriza en la Unión Europea, el Espacio Económico Europa y Suiza. Y aunque es un sistema complejo, imperfecto y mejorable, puede decirse que, al igual que sucede con la democracia, es la mejor de las soluciones inventadas hasta la fecha.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

La coexistencia en Europa de distintos sistemas nacionales de seguridad social, autónomos, independientes y divergentes, en un contexto socio económico caracterizado por la movilidad de personas que, cada vez con mayor frecuencia, cruzan las fronteras para buscar trabajo, estudiar o simplemente de vacaciones, ha supuesto que la aplicación de los Reglamentos Comunitarios establecidos para la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social cobre cada vez más relevancia.

Una de las prestaciones incluidas en el campo de aplicación material de dichos Reglamentos es la asistencia sanitaria y la principal peculiaridad de su coordinación es que la prestación en sí no se exporta, sino que lo que se exporta es el derecho a acceder al sistema sanitario de otro Estado. Y estas normas se aplican no sólo a trabajadores, sino a todas las personas a las que la legislación nacional aplicable reconoce el derecho a asistencia sanitaria, es decir, a los asegurados.

La asistencia sanitaria transfronteriza es la asistencia servida en un Estado miembro (Estado de tratamiento) a una persona que no tiene derecho a asistencia sanitaria en virtud de la legislación de ese Estado, sino que lo tiene reconocido en virtud de la legislación de otro Estado (el competente). Este último Estado va a asumir el coste de la asistencia servida a su asegurado en el Estado de tratamiento y, para ello, el Reglamento 987/09 establece un sistema de reembolsos entre instituciones.

La cobertura sanitaria trasfronteriza engloba tres situaciones: estancia temporal, tratamiento programado y residencia en un Estado miembro distinto del competente.

En las tres encontramos aspectos comunes: las prestaciones sanitarias concretas recibidas, las condiciones en las que son servidas, los procedimientos seguidos y las tarifas aplicables son los previstos en la legislación del Estado de tratamiento.

Sin embargo, la cobertura prevista es más amplia en caso de residencia, ya que se incluyen prestaciones de naturaleza preventiva que no encajan en el concepto de asistencia sanitaria necesaria que rige la asistencia en estancia temporal. Además, el sistema de facturación de la asistencia servida puede variar en función de si se ha servido en estancia temporal (gasto real) o a residentes en otro Estado (gasto real o cuota global según el colectivo y el Estado de residencia).

En todo caso, el punto de partida para cubrir la sanitaria recibida en el territorio de otro Estado es que la persona en cuestión esté sujeta a la legislación de que se trate.

Para determinar la legislación aplicable podemos hablar de cuatro colectivos: trabajadores (sujetos a la legislación del Estado en el que cotizan o del que reciben una prestación), pensionistas (sujetos a la legislación del Estado que les abona la pensión), miembros de la familia (asegurados conforme a la legislación del Estado competente de la persona de la que deriva su derecho a asistencia sanitaria), e inactivos (sujetos a la legislación del Estado en el que residen). Los demandantes de empleo, como categoría específica de aseguramiento, no existen y sus derechos de asistencia sanitaria transfronteriza van a depender de aquél de los cuatro colectivos mencionados en el que se incluyan.

El segundo paso es determinar si el asegurado tiene y mantiene su derecho a asistencia sanitaria en la situación transfronteriza, ya que si ese derecho desaparece, la cobertura transfronteriza también lo hará. No basta con que la persona tenga o haya tenido cobertura en un momento dado, sino que ese derecho debe mantenerse en el tiempo, al menos durante todo el periodo en que se encuentre en el otro Estado, para que el Estado competente siga proporcionando la cobertura sanitaria, es decir, asumiendo el coste de la asistencia que le sea servida.

Los asegurados en general, y los trabajadores y demandantes de empleo en particular, pueden tener cobertura sanitaria cuando se desplacen o trasladen su residencia al territorio de otro Estado, bien a cargo del Estado desde el que se desplazan, bien a cargo del Estado al que se desplazan; o carecer de cobertura, dependiendo de la legislación que les resulte aplicable.

Así, hay que asumir que no siempre va a existir cobertura a cargo de un determinado Estado y, en este sentido, debe recordarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que el artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE no puede garantizar a un asegurado que su desplazamiento a otro Estado miembro sea neutro en lo que respecta a la asistencia sanitaria, y que, dadas las disparidades existentes entre los Estados miembros, tal desplazamiento puede ser más o menos ventajoso según el caso.

Paralelamente a los Reglamentos, nos encontramos con otra norma comunitaria que regula la asistencia sanitaria transfronteriza: la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

Esta norma prevé igualmente la asunción de costes de la asistencia servida a los afiliados de un Estado en el territorio de otro Estado. Si bien confiere una cobertura a priori mayor, pues se incluye la asistencia servida en centros privados, no prevé la cobertura en caso de traslado de la residencia, y establece un sistema de reembolso, en el que el paciente debe adelantar el coste del tratamiento y posteriormente solicitar su reintegro a la institución competente. Además, parte igualmente de la base de que el interesado tiene y mantiene su derecho a asistencia sanitaria durante su desplazamiento, por lo que tampoco soluciona los casos de laguna de cobertura identificados en la aplicación de los Reglamentos.

Por todo ello, podemos concluir que las normas de coordinación de la asistencia sanitaria transfronteriza consagradas en los Reglamentos Comunitarios de Seguridad social, aunque complejas, imperfectas y mejorables, son la mejor de las soluciones inventadas hasta la fecha.

Palabras clave: Cobertura sanitaria transfronteriza; asistencia sanitaria; coordinación; Estado competente; Estado de tratamiento; facturación; gasto real; cuota global; estancia temporal; tratamiento programado; residencia en otro Estado; persona asegurada; legislación aplicable; trabajadores; pensionistas – familiares; inactivos; demandantes de empleo; ausencia de cobertura; Directiva 2011/24/UE; Reglamento CE/883/2004; Reglamento CE/987/2009.

ABSTRACT The coexistence of different national systems of social security in Europe, autonomous, independent and divergent, in a socio-economic context characterized by the mobility of people who, more and more frequently, cross borders to look for work, study or simply on holidays, has meant that the implementation of Community Regulations established for the coordination of national social security systems is becoming more and more important.

One of the benefits included when implementing these Regulations is healthcare and the main peculiarity of its coordination is that the benefit itself is not exported, but what is exported is the right to access the healthcare system of another State. And these rules not only apply to workers, but to all persons to whom the applicable national legislation recognizes the right to healthcare, that is, to beneficiaries.

Cross-border healthcare is a kind of service provided in a Member State (State of treatment) to a person who is not entitled to healthcare under the legislation of that State, but who has it recognized under the legislation of another State (the competent one). This last State will assume the cost of the assistance provided to its beneficiary in the State of treatment and, for this, Regulation 987/09 establishes a system of reimbursements between institutions.

Cross-border healthcare coverage includes three situations: temporary stay, scheduled treatment and residence in a Member State other than the competent one.

In all three we find common aspects: the specific healthcare services received, the conditions in which they are provided, the procedures followed and the applicable fees are those provided for in the legislation of the State of treatment.

However, the planned coverage is broader in the case of residency, since it includes preventive benefits that do not fit in with the concept of necessary healthcare that governs assistance in temporary stays. In addition, the billing system of the service provided may vary depending on whether it has been provided in a temporary stay (real expense) or to a resident of another State (actual or global fee according to the group and the State of residence).

In any case, the starting point to cover the healthcare received in the territory of another State is that the referred person is subject to the concerned legislation.

To determine the applicable legislation we can speak of four groups: workers (subject to the legislation of the State in which they contribute or receive a benefit), pensioners (subject to the legislation of the State that pays them the pension), members of the family (beneficiaries in accordance with the legislation of the competent State of the person from whom their right to healthcare derives), and inactive (subject to the legislation of the State in which they reside). Job seekers, as a specific category of insurance, do not exist and their rights of cross-border healthcare will depend on one of the four groups mentioned in which they are included.

The second step is to determine if the beneficiary has and maintains his right to healthcare in the cross-border situation, since if that right disappears, cross-border coverage will do so. It is not enough that the person has or has had coverage at any given time, but that right must be maintained over time, at least during the entire period in which he / she is in the other State, so that the competent State can continue to provide healthcare, that is, assuming the cost of the assistance that is provided.

Beneficiaries, in general, and workers and job seekers in particular, may have healthcare coverage when they are posted or move their residence to the territory of another State, either provided by the State from which they move, or by the State to which they are posted; or lack of coverage, depending on the legislation that is applicable to them.

Thus, it must be assumed that there will not always be coverage by a certain State and, in this regard, it must be taken into account that the Court of Justice of the European Union has mentioned that Article 21.1 of the Treaty on the Functioning of the EU cannot guarantee a beneficiary that his or her posting to another Member State is neutral with regard to healthcare, and that, given the disparities between Member States, such posting may have more or less advantages according to each case.

In parallel with Regulations, we find another EU rule regulating cross-border healthcare: Directive 2011/24/EU on the application of patients' rights in cross-border healthcare.

This rule also foresees assuming the cost of assistance provided to members of a State in the territory of another State. Although it offers a greater coverage in advance, since the assistance provided in private hospitals is included, it does not provide for coverage in case of transfer of residence, and establishes a reimbursement system, in which the patient must previously pay for the cost of the treatment and subsequently request their reimbursement to the competent institution. In addition, it also assumes that the interested worker has and maintains his/her right to healthcare during his/her posting, so it does not solve the cases of coverage gap identified in the implementation of the Regulations.

Therefore, we can conclude that the rules of coordination of cross-border healthcare included in the Community Social Security Regulations, although complex, imperfect and improvable, are the best solutions invented to date.

Keywords: Cross-border healthcare coverage; healthcare; coordination; competent State; State of treatment; billing; actual expenses; global quota; temporary stay; programmed treatment; residence in another State; beneficiary; applicable legislation; workers; pensioners; relatives; inactive; job seekers; lack of coverage; Directive 2011/24 EU; Regulation EC/883/2004; Regulation EC/987/2009.

Las bases reguladoras de las pensiones nacionales de los trabajadores migrantes españoles en la Unión Europea

The regulatory bases of the national pensions of the spanish migrant workers in the European Union

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA*

LA PROBLEMÁTICA DE LAS BASES REGULADORAS, SU REGULACIÓN NORMATIVA Y LAS DISTINTAS SOLUCIONES POSIBLES DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICA

La problemática del cálculo de las bases reguladoras de las pensiones españolas de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común de los trabajadores migrantes es, cuando de migrantes comunitarios se trata, la cuestión estrella debido a su litigiosidad, que arranca ya desde antes de la adhesión de España a la Unión Europea, se ha incrementado en las primeras décadas tras nuestra adhesión y aún hoy día tanto se siguen discutiendo las cuestiones básicas como se abren otras importantes cuestiones¹.

* Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia. Profesor asociado – Universidad de Coruña.

¹ Utilizando las palabras de nuestra mejor doctrina en la materia, "entre los varios problemas planteados en España en relación con el cálculo de pensiones, sin duda, el más grave y crónico es el relativo a la determinación de la base reguladora de la cuantía teórica, materia que ha generado ingente litigiosidad interna, numerosas cuestiones prejudiciales ... y que desafortunadamente sigue generando controversia" (CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, "Coordinación de los Sistemas nacionales de Seguridad Social", en Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 543 y 544). "Esta problemática de las lagunas no se ha resuelto satisfactoriamente y, por tanto, se

Tal cuestión se genera porque las bases reguladoras de las pensiones españolas de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común consisten en un promedio de las cotizaciones realizadas durante un arco temporal que además se ha ido ampliando de una manera progresiva². En concreto y desde

trata de una cuestión recurrente cuyos efectos prácticos perniciosos me temo que se agravarán en el futuro", enumerando, como factores de la futura agravación, la insatisfactoria regulación contenida en la normativa comunitaria sobre la materia desde la perspectiva de la libertad fundamental de circulación de los trabajadores migrantes, una nueva oleada de emigrantes españoles –esta vez mayoritariamente cualificados–, y la reforma de la normativa española interna ampliando el periodo de referencia a considerar para el cálculo de las bases reguladoras de pensiones de jubilación (CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, "Base reguladora de la jubilación para migrantes tras el asunto Salgado González", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, números 9/2014 – 10/2014, BIB 2014(66).

² Según el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, la base reguladora de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente por enfermedad común era el cociente resultante de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un periodo ininterrumpido de 24 meses elegido por el interesado dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al hecho causante. Tras la Ley 26/1985, de 31 de julio, la base reguladora de ambas pensiones pasó a ser el cociente de dividir por 112 las bases de cotización del beneficiario durante los 96 meses inmediatamente anteriores al hecho causante. La Ley 24/1997, de 15 de julio, estableció, para la jubilación, 180 como cociente y 210 como divisor. Finalmente, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, estableció, para la jubilación, 300 como cociente y 350 como divisor 350, aunque con una amplia tran-

1.1.2022, para la jubilación será la suma de las cotizaciones de 300 meses dividida entre 350 –artículo 209 de la LGSS-, y para la incapacidad permanente por enfermedad común, de 96 meses dividida entre 112 –artículo 197 de la LGSS-. Pues bien, la cuestión surge cuando en ese arco temporal el trabajador ha migrado, trabajado y/o cotizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, al no haber cotizaciones españolas durante la migración con las cuales calcular la pensión española en los mismos términos en que se calcularían si el trabajador, en vez de emigrar, hubiera trabajado y cotizado solo en España –trabajador sedentario-.

Antes de la adhesión de España a la Unión Europea –y aún después si se trata de normas más favorables o si se trata de migrantes fuera de la Unión Europea-, la cuestión se resolvía atendiendo a las previsiones de los convenios internacionales aplicables y, en especial, ha resultado muy conflictiva la aplicación del Convenio bilateral Hispano Alemán de 4 de diciembre de 1973. Se resolvía –añadimos ahora- mal que bien pues las normas sobre la cuestión en dichos convenios nunca han sido del todo claras, obligando en casi todos los casos a la intervención judicial hasta la última instancia –y así tendremos ocasión de comprobarlo al examinar cada convenio en su lugar oportuno-.

Después de nuestra adhesión, la cuestión cobra nuevos matices dado que está en juego la libertad de circulación de las personas trabajadoras dentro de la Unión Europea que, en el Derecho de la Unión Europea, es una libertad fundamental reconocida en los tratados fundacionales del mercado común –en la actualidad, en el artículo 45 del TFUE-, que obliga en particular a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social –artículo 48 del TFUE-, lo que se ha realizado a través del originario Reglamento 1408/71/CE del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros

de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, así como del vigente Reglamento 883/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Obviamente, ambos reglamentos, dada su finalidad coordinadora, contienen una regulación específica destinada a solventar la cuestión de las bases reguladoras de las pensiones españolas de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común.

Inicialmente el Reglamento 1408 se limitaba a establecer, en su artículo 47.1.e), que *“la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a una base de cotización media, determinará dicha base media en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado”*. Ciertamente, en esa regulación inicial, como en la actualmente vigente, se sigue la tesis conocida como de las bases reales españolas. Pero en ese momento inicial ni se preveía la adecuada actualización de las cotizaciones, ni tampoco la cobertura de los vacíos de cotización derivados de los períodos trabajados en el otro país comunitario, que son cuestiones que sí se contemplan en la regulación actualmente vigente. Si a estas carencias le unimos que los ciclos migratorios en los años sesenta y setenta abarcaban desde casi el inicio de la vida laboral hasta la jubilación o incapacidad permanente, con lo cual las cotizaciones españolas eran muy alejadas en el tiempo al hecho causante de la pensión de que se trataba –de ahí que a esta tesis se la conozca a veces como de las bases remotas-, se entiende que el cálculo condujese a bases reguladoras insignificantes, de apenas unas pocas pesetas, en especial cuando –aunque este problema hoy en día obviamente ya no se da en la práctica- las bases remotas eran de los años cincuenta o sesenta –pues en aquellas épocas, anteriores a la implantación efectiva de nuestro Sistema de Seguridad Social, ni siquiera había una constancia segura del montante exacto de las cotizaciones-.

Para solventar estos inconvenientes de la inicial regulación comunitaria, se construyeron hasta otras tres soluciones alternativas que conviene ahora enumerar para entender la evolución normativa y jurisprudencial hasta la regulación actual vigente:

sitoriedad que distingue entre una transitoriedad normal que concluye el 1.1.2022 y otra acelerada anterior a tal fecha si aplicar la reforma es más beneficioso para el trabajador.

1ª. Tomar las bases mínimas de cotización españolas correspondientes a la categoría profesional del trabajador en el mismo mes de la laguna que se debe cubrir, que es una solución fundamentada en la aplicación analógica del mecanismo de cobertura de lagunas contemplado para el supuesto de lagunas de cotización en la regulación española del cálculo de la base reguladora de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente por enfermedad común. Se trata de una solución de menor complejidad de cálculo que considerar las cotizaciones reales españolas y que conduce a un resultado equivalente a su actualización si –como era lo más habitual en la migración de los años sesenta y setenta- las bases reales de cotización españolas más cercanas en el tiempo son asimismo mínimas. Ahora bien, esta tesis se sustenta en una ficción que produce resultados claramente injustos si dichas bases reales son superiores a las mínimas –algo que en la migración de los años sesenta y setenta acaso no era tan habitual, pero que en la actualidad resulta mucho más habitual debido al elevado grado de formación de los actuales trabajadores migrantes españoles en la Unión Europea-.

2ª. Tomar las bases reales de cotización en el país de destino –aunque, en las épocas en que los mecanismos de enlace entre las entidades gestoras no estaban tan perfeccionados como actualmente, los trabajadores migrantes demandantes lo que solían acreditar en la práctica judicial no eran tanto las cotizaciones como directamente las retribuciones a través de la aportación de las nóminas o certificados de empresa-. Como en la migración de los años sesenta y setenta habitualmente se dirigía a países entonces más desarrollados – el ejemplo paradigmático era Alemania-, tales cotizaciones –o retribuciones- solían exceder de las bases máximas de cotización españolas, siendo finalmente estas las aplicables, con lo cual se acababa imponiendo a la entidad gestora española una prestación desproporcionada respecto a las cotizaciones españolas remotas. Ahora bien, en la actualidad no son tan marcadas las diferencias con los países más desarrollados de la Unión Europea y la migración española se dirige en ocasiones a otros países menos desarrollados dentro de la Unión Europea. De ahí que esta tesis no conduciría tan mayoritariamente como ocurría

en otras épocas pretéritas a las bases máximas, e incluso puede conducir a bases inferiores a las reales españolas actualizadas.

3ª. Tomar las bases medias ponderadas entre las bases mínimas españolas y las bases máximas españolas cuando las bases reales extranjeras sean superiores a tales máximas, se defendió como una solución de equidad entre las tesis de las bases mínimas y de las bases reales, tendencialmente máximas. La ventaja de esta solución es la minimización mutua del perjuicio de los trabajadores migrantes y de la carga de la entidad gestora española cuando se trata del ciclo de emigración habitual en la década de los sesenta y los setenta a países más desarrollados de la Unión Europea, pues en ese caso las bases mínimas suelen ser superiores a las bases españolas remotas aún actualizadas, y las bases reales foráneas suelen ser superiores a las bases máximas españolas. El inconveniente es que, si las bases mínimas y las bases máximas son bases ficticias, las bases medias es una ficción construida como solución de equidad sobre esas otras dos bases ficticias que, además, en la emigración actual –más cualificada y no siempre dirigida a países más desarrollados- ni siquiera suelen coincidir ni las mínimas con las bases reales españolas actualizadas ni las máximas con las bases reales foráneas.

Al haber girado la aplicación judicial, así como el estudio doctrinal, alrededor de esta dicotomía bases reales / bases ficticias –estas en su triple modalidad de bases mínimas, medias y máximas-, no se identificó adecuadamente como una de las causas del desplome de la cuantía de las bases reguladoras el problema denominado como doble prorata, pues a la *pro rata temporis* establecida en la norma comunitaria para determinar el porcentaje de base reguladora a cargo de España, se unía la circunstancia de que, en el periodo de referencia a considerar para el cálculo de las pensiones españolas, se producían vacíos de cotización española derivados de los periodos trabajados en el extranjero, lo que hundía a la baja las bases reguladoras³. Tal problema se

³ Así lo pusimos de manifiesto en LOUSADA AROCHENA, José Fernando, "La Seguridad Social de migrantes españoles en la Unión Europea en la doctrina judicial", *Actualidad laboral*, número 19, 2009.

puede resolver desde un punto de vista teórico de dos maneras diferentes: la primera sería cubrir la totalidad de los vacíos de cotización existentes en el dividendo de la fórmula con una proyección actualizada de las cotizaciones españolas; la segunda sería ajustar el divisor para excluir el equivalente a los periodos cotizados en el extranjero.

Veremos cómo la segunda de esas maneras –ajuste del divisor– se ha admitido –bajo la vigencia del antiguo Reglamento 1408– como válida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para el supuesto de existencia de disfunciones en la aplicación de la regulación comunitaria. La primera de esas maneras –cobertura de lagunas– ha sido asumida por el vigente Reglamento 883, cuya regulación se desdobra en un mandato general en el artículo 56.1.c), más un desarrollo aplicable a España en el Anexo XI.

Según el artículo 56.1.c), “*si la legislación de un Estado miembro prevé que el cálculo de las prestaciones se base en los ingresos, cotizaciones, bases de cotización, aumentos, retribuciones, otros importes o una combinación de más de uno de estos elementos (promedios, proporciones, a tanto alzado o acreditados), la institución competente: i) determinará la base de cálculo de las prestaciones únicamente en virtud de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique; ii) utilizará, para la determinación del importe que haya de calcularse en concepto de los períodos de seguro y/o residencia cumplidos con arreglo a la legislación de los otros Estados miembros, los mismos elementos determinados o acreditados para los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique; de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Anexo XI para el Estado miembro de que se trate*”.

Según el Anexo XI –en lo aplicable a España–: “*a) En aplicación del artículo 56, apartado 1, letra c), del presente Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. Cuando en el período de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión, deban ser*

computados períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados 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. b) La cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de las revalorizaciones calculadas para cada año posterior, para las pensiones de la misma naturaleza”.

Hecho el planteamiento de la problemática de la determinación de la cuantía de las bases reguladoras de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común, con recordatorio breve de la regulación comunitaria en la materia, y expuestas las distintas soluciones alternativas posibles desde una óptica teórica, así como sus ventajas e inconvenientes, estamos en condiciones de examinar cómo han evolucionado en el tiempo las respuestas normativas y cómo se han aplicado judicialmente desde la entrada de España en la Unión Europea hasta el momento actual, en particular a la vista de las hasta cinco cuestiones prejudiciales que sobre la materia se han planteado por los órganos judiciales españoles –una de ellas por el propio Tribunal Supremo– ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y analizando con especial detenimiento la regulación actual vigente en la materia, con sus problemas aplicativos.

LA INICIAL APLICACIÓN EN ESPAÑA DEL REGLAMENTO 1408/71/CE, DE 14 DE JUNIO DE 1971: EL REINADO DE LA TESIS DE LAS BASES MEDIAS

La normativa de coordinación aplicable en este momento inicial la encontrábamos en el artículo 47.1.e) del Reglamento 1408 –en una norma precisamente introducida con ocasión de la adhesión de España a la Unión Europea a la que, en estos momentos iniciales, no acompañaba ninguna regla adicional en los anexos–, según el cual “*la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a una base de cotización media, determinará dicha base media en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado*”. Obviamente, se trata de una regulación

mucho menos completa que la actual vigente, pero basada en la misma idea básica de calcular la media atendiendo solo a los periodos de seguro españoles. Tal regulación, según ha destacado la doctrina, “es coherente con el principio internacional de equilibrio de la carga financiera de las obligaciones de los Estados contratantes, y el de sustitución de rentas de actividad que ilustra el régimen de cálculo de las pensiones e la Seguridad Social española”, de donde “cabe entender que ambos principios condicionaron en su día los debates –y su resultado– para el establecimiento de los compromisos recíprocos de las Partes negociadoras de la adhesión de España”⁴.

Si proyectamos esta norma sobre el ciclo habitual de migración de los años sesenta y setenta, nos encontramos con que, al atender solo a los periodos de seguro españoles, la norma está exigiendo –es así como se entendió en aquel momento y más todavía a la vista del Anexo introducido en el Reglamento 1248/92/CEE, de 30 de abril-, no solo tomar en consideración las bases de cotización remotas, sino también retrotraer el cálculo de la base reguladora al momento anterior a esas últimas cotizaciones anteriores a la salida al extranjero. Pero esto último subvierte los parámetros de cálculo de la norma interna española, según la cual el arco temporal a considerar se computa desde la fecha del hecho causante hacia atrás. Y ello generaba no pocas disfunciones:

- Al computar varios años hacia atrás desde las últimas cotizaciones españolas –en aquellos momentos 8 años, en la regulación actual 25-, cuando el trabajador migró en una edad temprana nos encontramos con la paradoja de incluir en ese arco temporal periodos de cotización imposible en los que ni siquiera tendría edad laboral –y en la regulación actual, en la que ese arco temporal ha pasado de 8 años a 25 años, se podría dar el caso, sin duda llamativo, de incluir periodos en los que ni siquiera habría nacido-.

- Se obligaba en muchas ocasiones a considerar cotizaciones en periodos anteriores a la implantación del actual Sistema de Segu-

ridad Social –que arranca como es sabido de 1966-, con las consiguientes dificultades de determinación de cotizaciones.

- Una vez calculada la base reguladora conforme a estos condicionantes, nos encontramos con que en la norma comunitaria no había ninguna regla actualizadora, ni de las bases de cotización españolas utilizadas para realizar el cálculo de la base reguladora de la pensión –lo que supondría una actualización *ex ante*-, ni una vez hecho el cálculo de la base reguladora de la pensión, actualizar esta –actualización *ex post*-.

Todas estas dificultades llevaron a las entidades gestoras a asumir unos criterios que diferían de la norma comunitaria, aunque sin duda más acordes con la normativa interna española y adicionalmente más beneficiosos para los trabajadores migrantes –aunque no tanto como estos pretendían-. En este sentido, se siguió tomando generalizadamente como fecha inicial del arco temporal la fecha del hecho causante –en particular cuando se trataba de la aplicación del Convenio bilateral Hispano Alemán-. Las razones de esta decisión son fácilmente imaginables y bastante contundentes: tomar como fecha inicial del arco temporal la fecha de las últimas cotizaciones españolas es contrario a la literalidad de la norma interna española; y contrario además a la finalidad de la norma comunitaria dirigida solo a coordinar la aplicación de las normas internas de los países miembros, pero sin sustituir ni reformar ninguna de esas normas internas⁵.

Partiendo de esta premisa interpretativa y atendiendo a los ciclos migratorios más habituales en los años sesenta y setenta en que el retorno se producía a la fecha de la jubilación o de la incapacidad permanente, la situación real en la mayoría de los casos era que todo el arco temporal contemplado para el cálculo solía coincidir con periodos de migración, con lo cual había un completo vacío de bases de cotización.

⁴ GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995, p. 73.

⁵ DESDENTADO DAROCA, Elena, “De nuevo sobre los problemas de 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”, *Revista de Derecho Social*, número 62, 2013, pp. 151 y 152.

Y, a la vista de ese vacío, las entidades gestoras utilizaban el mecanismo de integración de algunas con las bases mínimas en los términos establecidos en la normativa española interna, es decir solo aplicable en relación con los regímenes de los trabajadores por cuenta ajena.

Frente a este criterio de bases mínimas, la antigua jurisprudencia de casación, en aplicación del Convenio bilateral Hispano Alemán de 4 de diciembre de 1973, venía acogiendo la tesis de las bases máximas o, si se quiere decir de un modo más exacto, tomaba en consideración las retribuciones alemanas reales tratándolas como si fueran cotizaciones españolas topadas con la cotización máxima española⁶. Incluso en alguna de estas sentencias se destacaba la coincidencia de establecido en ese Convenio con el Reglamento 1408, lo cual hacía lógicamente pensar en que no se cambiaría la doctrina⁷.

No es así de extrañar que, ya desde los inicios de nuestra entrada en la Unión Europea, los órganos judiciales se llenaran de demandas solicitando la aplicación de esa tesis judicial de bases máximas frente a la práctica administrativa de las bases mínimas.

Ante este panorama, el TSJ/Galicia, en cuyo seno se fraguó la tesis de las bases medias, se inclinó por aplicar, en aras a la equidad, un término medio entre las bases máximas solicitadas por los trabajadores migrantes atendiendo a los salarios reales alemanes, y las bases mínimas aplicadas por las entidades gestoras. Y una de sus sentencias, recurrida en casación por el trabajador migrante, es la que posibilita la primera ocasión en que, tras la integración de España en la Unión Europea, el Tribunal Supremo entró a conocer sobre la cuestión de las bases reguladoras aplicando el Reglamento 1408. En su Sentencia de 25 de febrero de 1992, RCU 1541/1992, el Tribunal Supremo rechazó la tesis de las bases reales máximas recordando que la letra del artículo 47.1.e) del Reglamento

1408, al aludir a “*periodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado*”, impide considerar las cotizaciones alemanas. Se niega además la existencia de una duda justificativa de cuestión prejudicial con la finalidad de determinar el alcance de la norma comunitaria. Y, en consecuencia, se deja incólume el resultado alcanzado en la sentencia recurrida proveniente del TSJ/Galicia.

Aunque hubo defensas muy razonadas de la tesis de las bases medias⁸, asimismo sufrió intensas críticas doctrinales que provinieron precisamente de las dos posturas enfrentadas que esa tesis pretendía conciliar, a saber bases mínimas y bases máximas.

De un lado, se le achacaba –en particular en sectores doctrinales cercanos a las entidades gestoras defensoras de las bases mínimas– el distanciamiento a la letra de la norma que decía interpretar, así como a su realidad sociológica, pues “*la emigración española no está aún, contrariamente a lo que sucede con la de otros países comunitarios, profesionalmente cualificada ... (de ahí) que la opción de cálculo sobre cotizaciones mínimas se adapte mejor que la de cotizaciones medias a las bases de cotización reales de los interesados que contempla el artículo 47 del Reglamento*”⁹.

Y de otro lado, alguna otra doctrina¹⁰ consideraba que transformar en bases de cotización españolas los salarios extranjeros como si fueran salarios percibidos en España, pero con el límite de las bases mínimas

⁸ FERNÁNDEZ DE LA MATA, Emilio, “Cálculo de la base reguladora de las prestaciones de vejez en España, cuando sea preciso totalizar periodos cotizados en dos o más países comunitarios. Sistema previo y posterior a la integración de España en la CEE”, en *Derecho Social Comunitario*, CGPJ, Madrid, 1992.

⁹ GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, *Introducción ...*, obra citada, pp. 75 y 76. En igual sentido, GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREA, Carlos, “La cotización extranjera en la pensión de jubilación española”, *Tribuna Social*, número 95, 1998, p. 25.

¹⁰ Defendía las bases máximas, entre otros, ROJAS CASTRO, Manuel, “Duda hispano-comunitaria aclarada que precisa clarificación. Estudio de la Sentencia Lafuente Nieto, de 12 de septiembre de 1996, C-251/94, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la base reguladora y el prorrateo de las pensiones españolas de los trabajadores migrantes”, *Aranzadi Social*, número 5, 1997.

⁶ Sentencias del Tribunal Supremo –entre otras muchas que se podrían ahora citar– de 11 de noviembre de 1986, de 23 de noviembre de 1987, de 27 de noviembre de 1987, de 2 de diciembre de 1988, de 6 de febrero de 1989, de 6 de julio de 1989, de 18 de octubre de 1989, y de 8 de noviembre de 1989.

⁷ Precisamente en la última de las citadas en la nota anterior: la Sentencia de 8 de noviembre de 1989.

y máximas, era lo más acorde con la libertad fundamental de circulación de los trabajadores. Lo que, en aquellas épocas, resultaría en bases máximas dadas las superiores condiciones laborales de los países de destino. Una opinión de la que se hizo eco una autorizada doctrina científica –a la vez magistrado del Tribunal Supremo– concluyendo se discriminaba al migrante frente al sedentario pues si el primero “*hubiera cumplido toda su carrera de seguro en España hubiera tenido con toda probabilidad bases de cotización computables más altas*”¹¹.

Aún con esas críticas doctrinales a las espaldas, el reinado de la tesis de las bases medias se mantuvo lo largo de la década de los noventa –si bien la segunda de esas críticas doctrinales, en cuanto fue asumida por un magistrado del Tribunal Supremo, acabó siendo el germen argumental de la cuestión de validez constitutiva del Caso Grajera Rodríguez-. Y se mantuvo de una manera tan sólida que, aunque sufrió hasta dos importantes envites argumentativos, no consiguieron estos sin embargo destronarla.

Un primer envite contra el reinado de las bases medias se produce a consecuencia de la STJUE de 7 de febrero de 1991, Caso Rönfeldt, C-227/89, según la cual es preferente el convenio bilateral si es más beneficioso respecto a los reglamentos comunitarios –doctrina reiterada salvo cuando, antes de la entrada en vigor de esos Reglamentos comunitarios, se hubiese cotizado en un solo país, STJUE de 9 de noviembre de 1995, Caso Thévenon, C-475/93-. Así las cosas, la STS de 15 de octubre de 1993, RCU 963/1993, se debió enfrentar a una argumentación muy incisiva: si el convenio bilateral hispano alemán supone la aplicación de las bases máximas, su aplicación –según la doctrina Rönfeldt– es preferente a los Reglamentos comunitarios. Sin embargo, el Tribunal Supremo, con una muy cuidada fundamentación, niega la premisa mayor y concluye que, en el convenio bilateral hispano alemán también se atiende a

las bases medias¹², en un llamativo cambio de su anterior jurisprudencia¹³.

Un segundo envite contra el reinado de las bases medias surgió de la cuestión prejudicial, planteada por el TSJ/País Vasco al TJUE, decidida en la Sentencia de 12 de septiembre de 1996, Caso Lafuente Nieto, C-251/94, la cual funda el cálculo sobre “*el importe de las cotizaciones pagadas con arreglo a la legislación de que se trata*”, con lo cual parecía rechazar las tesis de bases máximas, medias y mínimas en cuanto eran bases meramente ficticias, y obligaba a acudir a las bases españolas remotas con la precisión de que “*la cuantía teórica de la prestación así obtenida será adecuadamente revalorizada y aumentada como si el interesado hubiese seguido ejercitando su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trata*”. Pero el Tribunal Supremo recondujo otra vez la situación considerando que, a la vista de la doctrina Lafuente Nieto, la revalorización a la cual esta alude no era la de pensión calculada conforme a las últimas bases españolas –tesis de las bases remotas-, sino una actualización ponderada de las bases de cotización españolas –tesis de las bases medias-, manteniendo así su doctrina aún considerando la modificación del Reglamento 1248/92/CEE, de 30 de abril –STS de 5 de diciembre de 1996, RCU 1879/1995¹⁴.

¹² Tal solución de bases medias incluso después de la Sentencia Rönfeldt se reiteró, entre otras, en las SSTs de 25 de octubre de 1993, RCU 633/1993, de 3 de mayo de 1994, RCU 2988/1993, de 30 de enero de 1995, RCU 1910/1994, de 3 de marzo de 1995, RCU 1772/1994, de 19 de julio de 1995, RCU 747/1994, o de 7 de octubre de 1995, RCU 3646/1994. Sin embargo, la anterior doctrina no era una doctrina tan aplastante como aparentaba dada su reiteración, y así es que la STS de 27 de marzo de 1995, RCU 658/1994, contenía un voto particular donde se pedía plantear una cuestión prejudicial.

¹³ Un detallado análisis de los argumentos de esta STS, con un cuestionamiento importante de los mismos, lo encontramos en OJEDA AVILÉS, Antonio, “El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 1/2000, BIB 2000\9.

¹⁴ Tal solución de bases medias incluso después de la Sentencia Lafuente Nieto se reiteró, entre otras, en las SSTs de 17 de enero de 1997, RCU 3288/1995, de 10 de febrero de 1997 (2), RCU 1145/1995 y 1875/1995, de 12 de febrero de 1997, RCU 1876/1995, y de 15 de julio de 1997, RCU 171/1997.

¹¹ DESDENTADO BONETE, Aurelio, “La Seguridad Social de los trabajadores españoles migrantes en la unificación de doctrina”, *Noticias de la Unión Europea*, número 157, 1998, p. 92.

Entendimiento asimismo tenido como más correcto por autorizada doctrina científica¹⁵.

LA REFORMA DEL REGLAMENTO 1248/92/CEE, DE 30 DE ABRIL, Y EL CASO GRAJERA RODRÍGUEZ: DE LAS BASES MEDIAS A LAS BASES REALES

Paralelamente al expuesto devenir jurisprudencial se reformó el Reglamento 1408, a través del Reglamento 1248/92/CEE, de 30 de abril, pasando el artículo 47.1.e) a ser el artículo 47.1.g), e introduciendo en el Anexo VI una especificación aplicable a España según la cual (1) “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”, y (2) “*la cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza*”. La reforma normativa confirmaba la interpretación de retroacción del cálculo de la base reguladora al momento anterior a las últimas cotizaciones anteriores a la salida al extranjero, y además pretendía salir al paso de una de las críticas realizadas al artículo 47.1.e) del Reglamento 1408: la ausencia de contemplación de un mecanismo de actualización.

Aún así, las entidades gestoras –en particular cuando se trataba de la aplicación del Convenio bilateral Hispano Alemán-, e inducidamente los tribunales de justicia, siguieron atendiendo al hecho causante como fecha de determinación del *dies a quo* del arco temporal a considerar, cubriendo las lagunas con unas bases ficticias: las entidades gestoras

¹⁵ “La única manera razonable de cumplimentar el fallo luxemburgués es con la teoría jurisprudencial española de las bases medias. Con lo que, a la postre, nuestro Alto Tribunal se habría adelantado al TJCE, aunque sin invocar, como quizá hubiere sido aconsejable, los arts. 48 y 51 del Tratado, sobre seguridad social de los migrantes, cuyas reglas no pueden perjudicarles por el mero hecho de serlo” (RIOS SALMERÓN, Bartolomé, “Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez: nota de urgencia a la STJCE de 12 de septiembre de 1996, Caso Lafuente”, *Actualidad Laboral*, número 1, 1997).

con las bases mínimas y los tribunales de justicia con las bases medias. Y dada la porfía jurisprudencial en las bases medias, el Tribunal Supremo –con ocasión del primer caso que conoció al cual se debía aplicar la reforma del Reglamento 1408- interpuso, mediante Auto de 17 de marzo de 1997, RCU 2062/1996, cuestión prejudicial de validez apuntando la incompatibilidad de esa reforma con la libertad fundamental de circulación de los trabajadores reconocida en los tratados originarios.

Interpuesta esa cuestión y antes de su resolución, el TJUE, dando respuesta a una cuestión –esta de interpretación- interpuesta por el TSJ/Extremadura, reiteró, en Sentencia de 9 de octubre de 1997, Caso Naranjo Arjona y otros, C-31 a 33/96, la doctrina Lafuente Nieto de consideración de las cotizaciones españolas debidamente actualizadas, con la matización Rönfeldt/Thévenon de la aplicación preferente de los convenios bilaterales más beneficiosos si el trabajo del migrante es anterior a la entrada en vigor de los reglamentos comunitarios. Así las cosas, no resultaba previsible que, después de la reiteración de la doctrina Lafuente Nieto en el Caso Naranjo Arjona y otros, el TJUE fuera a declarar la invalidez de normas que había aplicado sin cuestión.

Por ello, la STJUE de 17 de diciembre de 1998, Caso Grajera Rodríguez, C-153/97, al dar respuesta a la cuestión de validez interpuesta por el Tribunal Supremo, no lleva mucho trabajo en afirmar la validez de unas normas comunitarias que “*no imponen un método particular de determinación de las bases de cotización ni ningún método de actualización de dichas bases o de la pensión correspondiente*” sino que solo pretenden que “*la cuantía de pensión 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 ... (teniendo) en cuenta únicamente los períodos de seguro cubiertos con arreglo a la legislación de que se trate*”.

De la literalidad de las normas comunitarias cuestionadas en el Caso Grajera Rodríguez, y de las anteriores afirmaciones contenidas en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, racionalmente se deducen las siguientes conclusiones:

(1) La validez de la regulación contenida en el Anexo VI del Reglamento 1408, que atiende exclusivamente a las bases reales españolas actualizadas, con el consiguiente rechazo de la tesis de las bases medias porque el cálculo no se fundamenta en las cotizaciones pagadas con arreglo a la legislación española –y lo mismo cabría concluir respecto de las tesis de las bases mínimas y las bases máximas, que, en consecuencia, no resultan acogibles al tratarse todas ellas de bases de carácter ficticio–.

(2) La consiguiente consideración de la fecha de la última cotización española como *dies a quo* del arco temporal a considerar para el cálculo de la base reguladora, argumentando que atender a la fecha del hecho causante obligaría a considerar un periodo de referencia en el que el migrante no participó en la financiación del régimen, argumento que ha sido tachado de inconsistente por la doctrina científica porque los elementos de contributividad y carga financiera operan al aplicar la *pro rata temporis*¹⁶.

(3) La actualización de la pensión atendiendo a los aumentos y revalorizaciones previstos para las pensiones españolas –actualización *ex post*–; pero admitiendo cualquier otro método de actualización diferente –incluyendo la actualización *ex ante* de las bases de cotización– si el previsto no garantiza la adecuada actualización exigida por la libertad fundamental de circulación de trabajadores, siendo el órgano judicial nacional quien determinará los medios más apropiados para alcanzar dicho resultado.

El Caso Grajera Rodríguez llevó a la mayoría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de marzo de 1999, RCU 2062/1996 –con un voto particular donde se sostiene una lectura más favorable a los intereses de los migrantes, aunque no ha pasado de ser una opinión discrepante– a admitir la tesis de las bases reales españolas durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización española

con posterior revalorización de la pensión así obtenida. Lo que supone la exclusión de las bases medias. Ahora bien, se apuntan, en consonancia con la Sentencia Grajera Rodríguez, dos matices: la posibilidad de aplicar otras reglas de actualización y la posibilidad de aplicar un convenio bilateral más favorable. Pero por razones de congruencia y por lo extraordinario de la casación, el Tribunal Supremo decide no aplicar en el caso ninguna de las dos posibilidades que apunta su Sentencia.

Sentencia esta del TS objeto de críticas doctrinales. En primer lugar, porque *“debería haber repreguntado sobre el mecanismo adecuado para la cobertura de las lagunas parciales que pudieran existir en el periodo de referencia, cuestión que pone de manifiesto el absurdo que encierra el sistema de cálculo impuesto en el Anexo”*¹⁷. En segundo lugar, porque, de no haber repreguntado, debió *“dar pautas de cómo deberían cubrirse las lagunas parciales de bases de cotización, o cuál sería el mejor sistema para la actualización de las mismas”*¹⁸. Y, en tercer lugar, porque no aplicar de oficio la actualización prevista en la norma comunitaria es *“exégesis que no resulta ajustada a la doctrina del TJCE que ha reconocido la obligación de los tribunales nacionales de aplicar de oficio el Derecho comunitario, incluso cuando las partes no lo hayan hecho valer en la instancia y la ley nacional impida aplicarlo de oficio”*¹⁹.

LA UTILIZACIÓN DE MECANISMOS DE ACTUALIZACIÓN ALTERNATIVOS CON LA FINALIDAD DE MODERAR LAS NIMIAS CUANTÍAS DE LAS BASES REGULADORAS

El Reglamento 1248/92/CEE, de 30 de abril, introdujo en el Anexo VI una especificación aplicable a España según la cual *“la*

¹⁷ CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, La coordinación ..., obra citada, p. 293.

¹⁸ CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, La coordinación ..., obra citada, p. 294.

¹⁹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, *Coordinadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ediciones Laborum, Murcia, 2005, p. 110.

¹⁶ CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004, p. 292.

cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza”. Se trata de una actualización *ex post* al cálculo de la pensión, y aplicable en consecuencia a la cuantía de la propia pensión. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido asimismo la actualización de la cuantía de las bases de cotización *ex ante* al cálculo de la pensión en sus tres Sentencias sobre la cuestión (Lafuente Nieto, Naranjo Arjona y Grajera Rodríguez). Por ello, el Reglamento 1223/98/CE, de 4 de junio de 1998, suprimió de dicha norma comunitaria el inciso “hasta el año anterior al hecho causante”, explicándose –en el Preámbulo de ese Reglamento– que la reforma sigue la doctrina sentada en la Sentencia Lafuente Nieto.

A la vista de la permisibilidad de aplicar otras reglas de actualización diferentes a la del Anexo VI del Reglamento 1408, pudiendo ser la actualización tanto de las bases de cotización –actualización *ex ante*– como de la cuantía de la propia pensión –actualización *ex post*–, se ha admitido que la actualización atiende a los incrementos experimentados por el salario mínimo interprofesional. Tal mecanismo de actualización, nacido en el seno del TSJ/Castilla y León (Valladolid)²⁰, lo han avalado las SSTs de 12 de marzo de 2003, RCUd 1929/2002, de 3 de junio de 2003, RCUd 2627/2002, y de 18 de diciembre de 2008, RCUd 320/2008, argumentando que “la doctrina de esta Sala autoriza a la utilización de otros criterios, distintos al de las últimas de cotizaciones efectuadas por el trabajador emigrante a la Seguridad Social española, siempre y cuando, los mismos, se propongan y respondan a principios de ponderación y equilibrio”, además de que resulte ser “un sistema de cálculo adecuado y equitativo”.

²⁰ SSTSJ/Castilla y León (Valladolid) de 20 de mayo de 2002, Rec. Sup. 988/2002, de 24 de febrero de 2006, Rec. Sup. 164/2006, de 3 de octubre de 2007, Rec. Sup. 1411/2007, de 12 de mayo de 2009, Rec. Sup. 695/2009, de 12 de mayo de 2009, Rec. Sup. 705/2009, de 28 de abril de 2010, Rec. Sup. 513/2010, de 2 de febrero de 2011, Rec. Sup. 2129/2010, o de 8 de mayo de 2017, Rec. Sup. 609/2017. Por citar alguna en igual sentido de otros TTSSJJ, STSJ/Valencia de 10 de enero de 2006, Rec. Sup. 3407/2005.

Igualmente el Tribunal Supremo –en un *obiter dicta* en las recién citadas Sentencias– ha puesto como ejemplo de mecanismo de actualización admisible “el previsto en el artículo 162 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social” (actual 209 de la LGSS/2015), es decir, si lo entendemos bien, utilizando el índice de precios al consumo.

Transitando asimismo este sendero de actualización *ex ante* al cálculo de la pensión, algún TSJ ha admitido la cobertura con los promedios salariales anteriores al hecho causante correspondientes con la categoría profesional del trabajador migrante²¹.

En suma, lo relevante no es si la actualización es *ex ante* o *ex post* pues dada la propiedad conmutativa de las operaciones aritméticas de suma y multiplicación, ambas conducen a un mismo resultado siempre que se tomen los mismos índices de actualización. Sino que lo relevante es el índice de actualización más adecuado: “el importe de los aumentos y revalorizaciones calculados ... para las pensiones de la misma naturaleza” es el índice contemplado en la norma comunitaria; el incremento

²¹ STSJ/Andalucía (Sevilla) de 16 de julio de 2009, Rec. Sup. 2281/2008: “La pretensión principal deducida por el actor en la demanda tenía por objeto que la base reguladora de 18,63 €, reconocida por el INSS, se incrementase teniendo en cuenta al efecto que, de haber continuado realizando la actividad de caminero de galerías en el interior de mina de carbón en España en lugar de emigrar y trabajar en Francia, los salarios que percibía a la fecha de su última cotización en España (en marzo de 1964) se habrían incrementado hasta alcanzar como salario medio para un obrero de la extracción y aglomeración de antracita, hulla, lignito, turba, a final del año 2000, la cantidad de 1.900 €, y que el salario medio de los obreros de la industria en ese mismo periodo era de 1.374,51 €, concluyendo a partir de esos datos que la base reguladora de la pensión que le habría correspondido alcanzaría al menos la cantidad de 939,13 €, resultante de aplicar la media aritmética entre la base máxima y la mínima vigentes en el periodo de cómputo de la base reguladora comprendido entre febrero de 1988 y enero de 2001 ... No habiéndose cuestionado las bases de cálculo del incremento postulado sino únicamente el criterio utilizado para la actualización, hay que decir que el mismo ... se revela adecuado para obtener una actualización efectiva de la base reguladora de manera que la cuantía de la prestación se corresponda con la que habría percibido el trabajador migrante si hubiese seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en España ... actualización ... que conduce a un resultado más favorable para el trabajador, más acorde con la finalidad perseguida por la doctrina comunitaria”.

del salario mínimo interprofesional, del índice de precios al consumo o de los salarios en el convenio colectivo aplicable han sido índices admitidos en la doctrina jurisprudencial. Tendencialmente estos últimos permiten una mejor actualización y, en consecuencia, suponen una mejor garantía de la libertad fundamental de circulación de trabajadores.

Igualmente se ha apuntado —en una opinión que comparto y que era operativa bajo la regulación del Reglamento 1408, aunque entiendo que, tras el Reglamento 883, ya no será necesario invocar esta opinión porque su correcta aplicación siempre debería garantizar una base reguladora mínima— que, a efectos de garantizar la adecuada actualización, se podría extrapolar la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de septiembre de 1998, Caso Stinco, C-132/96, que permite el incremento de la cuantía teórica hasta un mínimo coincidente con el monto de la pensión de jubilación contributiva mínima existente en cada país. Y ello aún reconociendo *“que la doctrina Stinco está lejos de ser la solución óptima a la problemática del cálculo de la pensión teórica, pero su aplicación permitiría garantizar al menos una cuantía teórica mínima mediante la aplicación del complemento por mínimos, lo que impediría liquidar pensiones de jubilación excesivamente reducidas”*²².

LA PERSISTENCIA TRANSITORIA DE LA TESIS DE LAS BASES MEDIAS AL AMPARO DE LA POSIBILIDAD DE APLICAR UN CONVENIO BILATERAL MÁS FAVORABLE

A partir del Caso Grajera Rodríguez se ha reiterado —aunque algunas veces no se haya aplicado a causa del principio de congruencia y del carácter extraordinario del recurso de casación— la tesis de las bases medias con

sustento en el carácter más beneficioso con respecto a los Reglamentos comunitarios del Convenio bilateral Hispano Alemán de 4 de diciembre de 1973²³ en un nutridísimo grupo de sentencias de casación para la unificación de doctrina²⁴. Solución extendida al Convenio bilateral Hispano Holandés de 5 de febrero de 1974²⁵ con el argumento de que contiene *“una remisión genérica al ordenamiento español de la Seguridad Social, en el cual, de acuerdo con jurisprudencia consolidada, las cotizaciones teóricas incorporadas a la base reguladora de las pensiones españolas han de referirse a cotizaciones medias”*²⁶. Posteriormente se interpretó en el sentido de bases medias el Convenio bilateral Hispano Francés de 31 de

²³ Convenio bilateral Hispano Alemán de 4 de diciembre de 1973, BOE de 28.10.1977, y con vigencia desde 1.11.1977, que en su artículo 25 establece que *“cuando todo o parte del período de cotización elegido por el solicitante se hubiera cumplido en la República Federal, el organismo competente español determinará dicha base reguladora sobre las bases de cotización vigentes en España durante dicho período o fracción para los trabajadores de la misma categoría profesional que la persona interesada”*.

²⁴ SSTs de 10 de marzo de 1999, RCU 3796/1997, de 12 de marzo de 1999, RCU 3792/1997, de 15 de marzo de 1999, RCU 3016/1996, de 16 de marzo de 1999, RCU 2921/1996, de 15 de abril de 1999, RCU 982/1998, de 7 de mayo de 1999, RCU 3071/1997, de 11 de mayo de 1999, RCU 669/1997, de 1 de junio de 1999, RCU 1328/1998, de 7 de junio de 1999 (2), RCU 3713/1997 y 4246/1997, de 21 de julio de 1999, RCU 3772/1998, de 30 de septiembre de 1999, RCU 4300/1998, de 20 de enero de 2000, RCU 2516/1997, de 30 de mayo de 2000, RCU 2816/1999, de 16 de mayo de 2002, RCU 3627/2001, de 14 de febrero de 2003, RCU 1386/2002, y de 16 de mayo de 2003, RCU 3899/2002.

²⁵ Convenio Hispano Holandés de 5 de febrero de 1974, BOE de 20.3.1985 y con vigencia desde 1.12.1974, que en su artículo 24.1.b) establece que *“si el derecho se adquiriese en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior, dicha institución determinará, en primer lugar, la cuantía de la prestación que correspondería al interesado si todos los períodos de seguro, totalizados de acuerdo con las normas a las que se refiere el artículo anterior, se hubieran cumplido, exclusivamente, bajo su propia legislación”*.

²⁶ SSTs de 28 de mayo de 2002, RCU 2838/2001, de 30 de septiembre de 2002, RCU 223/2002, de 21 de octubre de 2002, RCU 276/2002, de 16 diciembre de 2002, RCU 635/2002, de 30 de septiembre 2003, RCU 4459/2002, de 10 de noviembre de 2003, RCU 3730/2002, de 13 de noviembre de 2003, RCU 4792/2002, de 15 de mayo de 2004, RCU 1815/2003, de 16 de junio de 2004, RCU 4399/2003, de 22 de diciembre de 2004, RCU 6079/2003, de 28 de diciembre de 2004, RCU 1956/2003, de 30 de enero de 2007, RCU 4557/2005, y de 3 de junio de 2008, RCU 687/2007.

²² CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, *“Cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la cuantía teórica”* en Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España (dir. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina; coord. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María), Ediciones Laborum, Murcia, 2006, pp. 110 y 111.

octubre de 1974²⁷ dado su contenido similar en el extremo de interés al Convenio bilateral Hispano Holandés²⁸, y el Convenio bilateral con el Reino Unido de 13 de septiembre de 1974²⁹ por igual similitud con el Hispano Holandés³⁰.

Pero no al Convenio bilateral Hispano Sueco de 4 de febrero de 1983³¹ porque contiene una *“referencia a las bases mínimas (que) impide, literalmente, su interpretación como bases medias, según se ha hecho al interpretar, jurisprudencialmente, el convenio hispano alemán, que habla de bases de cotización”*³².

Con relación al Convenio bilateral Hispano Belga de 28 de noviembre de 1956³³, el Tri-

²⁷ Convenio Hispano Francés sobre Seguridad Social de 31 de octubre de 1974, BOE de 24.3.1976 y con vigencia desde 1.4.1976, que establece en su artículo 34 que, *“la institución competente de cada país determinará el importe teórico de la prestación a que el asegurado tendría derecho si todos los periodos de seguro o equivalentes ... hubiese sido cumplidos exclusivamente bajo su propia legislación”*.

²⁸ SSTs de 20 de abril de 2010, RCUd 1604/2009, y de 15 de septiembre de 2010, RCUd 4056/2009.

²⁹ Convenio entre España y el Reino Unido sobre Seguridad Social, BOE de 31.3.1975 y vigente desde 1.4.1975, cuyo artículo 16.4.a) establece al respecto que *“cualquier periodo de cotización que haya completado de acuerdo con la legislación de la otra Parte, se considerará como si fuera, respectivamente, periodo de cotización completado de acuerdo con la legislación de la Primera Parte”*.

³⁰ STS de 31 de enero de 2011, RCUd 714/2010.

³¹ Convenio bilateral Hispano Sueco de 4 de febrero de 1983, BOE de 12.7.1984 y vigente desde 1.7.1984, establece en su artículo 17.2/3 que *“cuando todo o parte del periodo de cotización elegido por el solicitante para el cálculo de su base reguladora de prestaciones se hubiera cumplido en Suecia, el Organismo asegurador competente español determinará dicha base reguladora sobre las bases mínimas de cotización vigentes en su legislación, durante dicho periodo o fracción, para los trabajadores de la misma categoría profesional que últimamente haya ostentado u ostente en España la persona interesada, o sobre las bases de cotización que en su caso hubiera escogido el trabajador”*, y que *“en ningún caso la base reguladora de la prestación para los trabajadores por cuenta ajena será inferior al promedio de las cuantías que hubiera tenido el salario mínimo interprofesional durante el periodo elegido”*.

³² STS de 25 de marzo de 2009, RCUd 1144/2008.

³³ Convenio bilateral Hispano Belga sobre Seguridad Social de 28 de noviembre de 1956, BOE de 13.5.1958 y vigente desde 1.7.1958, que establece en su artículo 19 que, *“si de acuerdo con la legislación de uno de los dos países contratantes, para la liquidación de las prestaciones, se tiene en cuenta el salario medio de todo el periodo de seguro o de una parte de*

bunal Supremo ha reconsiderado su doctrina, de manera que, si en un primer momento se entendieron aplicables las bases medias³⁴, posteriormente –y la verdad es que no mucho después³⁵– se entendieron aplicables las bases reales españolas porque la norma convencional aplicable ha tomado como referencia *“los salarios comprobados durante el periodo de seguro cumplido en dicho país”*, de modo que *“en casos en que el asegurado cotiza primero en España y después en Bélgica donde lo hace en el periodo inmediatamente anterior al hecho causante, las bases de cotización que se han de tomar en consideración para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación que debe abonar la Seguridad Social española, son las correspondientes al periodo de seguro acreditado en nuestro país, es decir las bases reales, o bases remotas”*.

Interesa destacar de la STS de 24 de octubre de 2017, RCUd 3006/2015, relativa al Convenio bilateral Hispano Belga, que descarta la aplicabilidad de la cláusula de nación más favorecida –que la doctrina de suplicación había utilizado en ocasiones como argumentación *a fortiori* de la tesis de las bases medias en algunos convenios bilaterales, y, en concreto, para el Hispano Belga– contenida en el Acuerdo Provisional Europeo sobre los Regímenes de Seguridad Social relativos a la vejez, invalidez y los sobrevivientes y su Protocolo Adicional, BOE de 21.3.1984, alcanzado en el marco del Consejo de Europa, porque el mismo *“fue sustituido, en relación con los Estados que lleguen a ser parte en el mismo, como es el caso de España y Bélgica, por el Convenio Europeo de Seguridad Social y Acuerdo complementario para la aplicación del mismo hecho en París el 14 de diciembre de 1972 (BOE 11.12.1986), que no contiene una previsión similar ... lo que hace innecesarias mayores consideraciones al respecto”*.

¿Nos encontramos con un ajuste de doctrina en relación con ese solo convenio, o es-

dicho periodo, el salario medio tomado en consideración para calcular las prestaciones a cargo de tal país se determinará según los salarios comprobados durante el periodo de seguro cumplido en dicho país”.

³⁴ STS de 14 de febrero de 2018, RCUd 2530/2015.

³⁵ STS de 24 de octubre de 2017, RCUd 3006/2015.

tamos ante una avanzadilla de lo que puede ser un cambio general hacia posiciones más restrictivas en orden a la apreciación de la tesis de las bases medias? Ciertamente, en la doctrina judicial parecía subyacer una tendencia a la aplicación de la tesis de las bases medias como principio general salvo que en el convenio se aluda específicamente a las bases mínimas –como ocurre en el Convenio bilateral Hispano Sueco-, y este cambio de doctrina en relación con el Convenio bilateral Hispano Belga parece apuntar a la exigencia de una remisión genérica a la legislación española –como las de los Convenios bilaterales Hispano Alemán, Hispano Holandés, Hispano Francés o con el Reino Unido-. Sea un mero ajuste de doctrina en relación con ese solo convenio, o una avanzadilla de lo que puede ser un cambio general hacia posiciones más restrictivas en orden a la apreciación de la tesis de las bases medias, este cambio nos demuestra en todo caso el escaso recorrido que a estas alturas le queda a la tesis de las bases medias.

Por lo demás, el Tribunal Supremo no ha entrado a analizar más Estados miembros de la Unión Europea, y, en concreto, no ha entrado a analizar el Convenio bilateral Hispano Luxemburgués de 8 de mayo de 1969³⁶, el Convenio bilateral Hispano Portugués de 11 de junio de 1969³⁷, o el Convenio bilateral His-

pano Italiano de 30 de octubre de 1979³⁸. Iremos viendo qué es lo que ocurre si se llegan a plantear litigios.

El Convenio bilateral Hispano Suizo de 13 de octubre de 1969³⁹ ha generado controversia en la doctrina de suplicación, pues algunas sentencias aplican bases medias⁴⁰, aunque parece mayoritaria la aplicación de las mínimas –en muchos casos, los demandantes ya lo pedían así al considerar más favorables las

el de los 24 meses consecutivos anteriores a la última salida de España".

³⁸ Convenio bilateral Hispano Italiano de 30 de octubre de 1979, BOE de 15.12.1983 y con vigencia desde 1.12.1983, que establece en su artículo 18.4.b) que *"cuando la totalidad o parte del plazo de cotización elegido por el solicitante para la determinación de su base de cálculo hubiere sido cumplido en Italia o en un tercer Estado al que se aplique el apartado 1, subapartado c), del presente artículo (que se refiere a terceros Estados ligados a ambas Partes Contratantes por otros convenios de Seguridad Social que prevean la totalización de los periodos de seguro), la Institución competente española determinará dicha base de cálculo utilizando las bases mínimas de cotización que durante tal período o fracción del mismo estuvieren vigentes en España para los trabajadores de la misma profesión ejercida por el interesado en España, o a partir de las bases que en el caso respectivo hubiera elegido el trabajador para cotizar"*, agregando que *"la base de cálculo de la prestación no podrá en ningún caso ser inferior a la media del salario mínimo interprofesional que estuviera en vigor en el plazo elegido"*.

³⁹ Instrumento de ratificación de 24 de noviembre de 1982 del Convenio adicional al Convenio bilateral Hispano Suizo de 13 de octubre de 1969, firmado en Berna el 11 de junio de 1982, BOE de 28.10.1983 y con vigencia desde 1.11.1983, que establece al respecto en su artículo 14 que *"cuando en aplicación de lo previsto en el artículo 13 la totalidad o parte de los periodos de cotización elegidos por un trabajador para la determinación de la base reguladora de cálculo de la prestación de que se trate hubieran sido cumplidos bajo la legislación suiza, la Institución competente española determinará dicha base tomando las bases mínimas de cotización que durante todo aquel período o fracción del mismo hubieran sido aplicables en España a los trabajadores de la misma profesión que la últimamente ejercida por el causante en España o, tratándose de trabajadores autónomos o de otros colectivos de trabajadores con análogo sistema de cotización a estos, tomando la base de cotización sobre la que el trabajador últimamente ha cotizado, agregando que" en ningún caso la base reguladora aplicable podrá ser inferior al promedio del salario mínimo interprofesional que estuviera en vigor durante el período elegido"*.

⁴⁰ STSJ/Madrid de 18 de julio de 2011, Rec. Sup. 3053/2011, STSJ/Castilla y León (Burgos) de 9 de marzo de 2015, Rec. Sup. 67/2015, y STSJ/Castilla y León (León) de 19 de septiembre de 2016, Rec. Sup. 1229/2016.

³⁶ Convenio Hispano Luxemburgués sobre Seguridad Social de 8 de mayo de 1969, BOE de 23.4.1973 y vigente desde 1.1.1972, que establece en su artículo 22.1 que *"la base reguladora de la pensión será el promedio de las bases de las cotizaciones efectuadas en España durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegidos por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se produzca el hecho causante de la prestación o, en su defecto, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de la última salida de España"*, y que *"si en el período elegido existieran períodos de seguro computables en Luxemburgo, el promedio de las bases de las cotizaciones realizadas en España se extenderá al tiempo cotizado en Luxemburgo durante estos períodos"* (este artículo se modificó por Acuerdo Complementario de 27.6.1975, BOE de 26.5.1975 y con vigencia desde 1.6.1977).

³⁷ Convenio bilateral Hispano Portugués sobre Seguridad Social de 11 de junio de 1969, BOE de 28.7.1970 y con vigencia desde 1.7.1990, que establece en su artículo 17.1.c) que *"para la determinación de la base reguladora de la pensión, se aplicará a los períodos de seguro en Portugal el promedio de las cotizaciones satisfechas en España en los meses que se tomen en consideración dentro del período elegido o, en su defecto,*

bases mínimas de este convenio bilateral que las remotas actualizadas de los reglamentos comunitarios⁴¹.

Conviene incidir, en fin, en que la posibilidad de aplicar un convenio bilateral más favorable a los reglamentos comunitarios está limitada por tres condicionantes.

El primero, derivado de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, es el de que se alegue el convenio bilateral aplicable más beneficioso a los efectos de su aplicación en el recurso de casación para la unificación de doctrina por razones de congruencia y por lo extraordinario del recurso. En el ámbito del recurso de suplicación, asimismo extraordinario, se le ha exigido al recurrente “que diga cuáles son las bases a tener en cuenta, en qué cuantía y período, y en qué medida resultan más favorables”⁴². Sin embargo, el principio general de *iura novit curia* debería conllevar que, cuando menos en la instancia procesal, una cierta flexibilidad en la aplicación de esta doctrina.

El segundo, derivado de la doctrina Rönfeldt/Thévenon, es el de que se debe haber migrado bajo la vigencia de los convenios bilaterales más favorables, es decir con anterioridad a la aplicación de los reglamentos comunitarios, lo que se concreta, en relación con los Estados miembros adheridos a la Unión Europea con anterioridad a la adhesión de España, en el 1 de enero de 1986, y, en relación con los adheridos después de la adhesión de España, en la fecha que corresponda a la efectividad de la adhesión de esos Estados. Con lo cual, estamos ante una disposición transitoria a favor de las bases medias que con el paso del tiempo ira yendo a menos hasta desaparecer completamente.

Y el tercero –que no es tanto un condicionante para la aplicación de las bases medias

⁴¹ STSJ/Galicia de 18 de mayo de 2009, Rec. Sup. 511/2006, STSJ/Galicia de 17 de marzo de 2010, Rec. Sup. 6132/2006, STSJ/Galicia de 22 de septiembre de 2010, Rec. Sup. 1228/2007, STSJ/Galicia de 20 de mayo de 2011, Rec. Sup. 5766/2009, STSJ/Galicia de 6 de mayo de 2015, Rec. Sup. 1886/2013, STSJ/Galicia de 6 de mayo de 2016, Rec. Sup. 4571/2015, STSJ/Andalucía (Sevilla) de 7 de julio de 2016, Rec. Sup. 2005/2015, y STSJ/Galicia de 16 de enero de 2017, Rec. Sup. 2616/2016.

⁴² STSJ/Galicia de 14 de mayo de 2008, Rec. Sup. 1745/2005.

en base a un convenio bilateral más favorable, como su presupuesto de aplicación-, es el de que haya un convenio bilateral entre España y el Estado miembro de la Unión Europea que es destino de la migración –con algunos no hay convenio, como es el caso de Dinamarca⁴³- con una previsión habilitante de las bases medias, apreciándose un cierto tránsito en la doctrina judicial desde una posición más laxa según la cual se acogía la tesis de las bases medias como principio general salvo que en el convenio se aluda específicamente a las bases mínimas –como ocurre en el Convenio bilateral Hispano Sueco-, a una posición más exigente según la cual es necesario se haga una remisión genérica a la legislación española –como las de los Convenios bilaterales Hispano Alemán, Hispano Holandés, Hispano Francés o con el Reino Unido-, de ahí precisamente el cambio doctrinal en orden al Convenio bilateral Hispano Belga –cuya aplicación inicialmente se consideró como bases medias, y finalmente remotas-.

EL PROBLEMA DE LA DOBLE PRORRATA EN EL SISTEMA DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y LA SOLUCIÓN DADA EN EL CASO SALGADO GONZÁLEZ

El problema de la cuantía de las bases reguladoras en el Reglamento 1408 no solo surge de la elección de un método adecuado de actualización, sino, además, de que, al calcularse las bases reguladoras de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente por enfermedad profesional sobre un arco temporal que es susceptible de coincidir en todo o en parte con períodos cotizados en el extranjero, se generan en esos periodos vacíos de cotización sin que ello altere la fórmula de cálculo consiste en dividir la suma totalizada de las cotizaciones reales españolas entre los divisores previstos en las normas internas españolas –artículos 197 y 209 de la LGSS-. Y la cuestión se ha visibilizado mayormente a causa de las sucesivas reformas de la normativa interna española dirigidas a incrementar los divisores –actualmente, son 112 para la

⁴³ STSJ/Galicia de 9 de octubre de 2017, Rec. Sup. 1957/2017.

incapacidad permanente por enfermedad común y 350 para la jubilación-. De este modo, y además de la *pro rata temporis* contemplada en la normativa comunitaria, que determina que la pensión teórica solo sea abonada por España en función del tiempo de cotización en España, se añade la división de la suma totalizada de las cotizaciones españolas entre los divisores cada vez mayores que legalmente correspondan conforme a la normativa interna española. Se produce entonces una doble prorrata que no solo es injusta por duplicar los efectos reductores de la pensión, además supone dejar en manos de la legislación interna la eficacia coordinadora de los reglamentos comunitarios en cuanto que siempre se puede ampliar el divisor hasta el máximo de vida laboral de la persona.

A la vista de la fórmula de cálculo de la base reguladora de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común, hay dos maneras teóricamente posibles para solventar el problema de la doble prorrata: la primera sería cubrir la totalidad de los vacíos de cotización existentes en el dividendo de la fórmula con una proyección actualizada de las cotizaciones españolas; la segunda sería ajustar el divisor para excluir el equivalente a los periodos cotizados en el extranjero. Matemáticamente, ambas maneras deben llevar al mismo resultado cuantitativo siempre que la cobertura de vacíos en que consiste la primera de las dos maneras apuntadas sea completa y la actualización adecuada. En todo caso, esa primera manera resulta más compleja y difícil de aplicar si no es a través de una reforma normativa. Por el contrario, la segunda manera es solo un ajuste en el divisor que se podría hacer por vía judicial con la finalidad de garantizar la libertad fundamental de circulación de los trabajadores.

Bajo estas circunstancias normativas, se entiende el Caso Salgado González. Se trataba de una trabajadora que acreditaba cotizados en España, a través del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, un total de 3.711 días (de 1.2.1989 a 31.3.1999) y en Portugal un total de 2.100 días (de 1.3.2000 a 31.12.2005). O sea, sobre dos tercios de la vida laboral se habían desarrollado en España, y el tercio restante, el más cercano a la fecha del hecho causante, se había desarrollado en

Portugal. Al no haber ningún mecanismo de cobertura de lagunas en el Reglamento 1408 y al no prever la normativa interna la cobertura de lagunas con bases mínimas para los trabajadores autónomos, no se cubrieron las lagunas, resultando una base reguladora de 336,83 € con un porcentaje a cargo de España del 63,86%, con lo cual, además de esta *pro rata temporis* prevista en la norma comunitaria, se generaba una segunda e indeseable prorrata al dividir la totalidad de las cotizaciones españolas entre la totalidad de los años cotizados en España y Portugal sin llenar las lagunas de los años cotizados en Portugal, ni ajustar el divisor.

Se cuestiona en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial⁴⁴ la doble prorrata, no desde la perspectiva del entonces vigente Anexo VI del Reglamento 1408, sino desde la perspectiva de la libertad fundamental de libre circulación de trabajadores del artículo 45 del TFUE, y del principio de igualdad de trato de los trabajadores sedentarios y migrantes –artículos 48 del TFUE y 3 del Reglamento 1408-. Partiendo de ese cuestionamiento, se pregunta al TJUE si en efecto se produce una vulneración de esas normas comunitarias, y, de ser ello así, si se puede solventar ajustando el divisor en la formulación de las reglas internas de cálculo de la pensión de jubilación con el fin de tomar en consideración el hecho de que la trabajadora en cuestión ha ejercido su derecho a la libre circulación. Subsidiariamente, se planteaba la aplicación analógica de la nueva regla de cobertura de lagunas contenida en el Anexo XI del Reglamento 883.

La STJUE de 21 de febrero de 2013, Caso Salgado González, C-282/11, no analiza la cuestión bajo la óptica del Reglamento 883 al considerarlo inaplicable *ratione temporis*, sino que lo hace en base al Reglamento 1408, pero sometiéndolo al escrutinio de la libertad fundamental de circulación de trabajadores garantizada a través del artículo 48 del TFUE: “*El Reglamento 1408/71 deben interpretarse a la luz del objetivo fijado por el artículo 48 TFUE, que implica concretamente que los trabajadores migrantes no deben su-*

⁴⁴ Auto TSJ/Galicia de 9 de mayo de 2011, Rec. Sup. 3645/2007.

frir una reducción de la cuantía de las prestaciones de seguridad social por el hecho de haber ejercitado su derecho a libre circulación” –apartado 43-.

Identifica el TJUE, en un primer paso, la doble prorratea cuando afirma que *“la Sra. Salgado González cotizó al régimen de seguridad social español desde el 1 de febrero de 1989 hasta el 31 de marzo de 1999, por un total de 3.711 días –esto es, cerca de 10 años y 2 meses– y el INSS añadió al cálculo un período ficticio de cotización comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 30 de enero de 1989 con el fin de cumplir la condición de cotización durante un período de quince años anteriores a la última cuota satisfecha por la Sra. Salgado González en España. A través de esta operación, el INSS pretendía hallar un numerador al que aplicar el divisor de 210 previsto en el artículo 162, apartado 1, de la LGSS y calcular, de este modo, la base de cotización media necesaria para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación. No obstante, dado que la Sra. Salgado González no cotizó en el período comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 31 de marzo de 1989, el INSS tomó en consideración para el cálculo periodos de seguro que no estaban cubiertos en España. Al contabilizar necesariamente con valor cero estos períodos, su cómputo produjo una reducción de la base de cotización media de la Sra. Salgado González”* –apartados 48 y 49-.

Una vez identificada la doble prorratea, al TJUE no le lleva mucho esfuerzo concluir que *“tal reducción no se habría producido si la Sra. Salgado González hubiera cotizado únicamente en España, sin ejercer su derecho a la libre circulación. En otros términos, contrariamente a lo exigido por el artículo 46.2.a) del Reglamento 1408/71 ... la cuantía teórica de la pensión de jubilación de la Sra. Salgado González no ha sido calculada como si esta hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en España”*, agregando que *“otra sería la situación si, como señaló el Abogado General en el punto 44 de sus conclusiones, la legislación nacional contemplara mecanismos de adaptación del procedimiento de cálculo de la cuantía teórica de la pensión de jubilación para tomar en consideración el ejercicio por parte del trabajador de que se trate de su derecho a la libre circulación. Con-*

cretamente, habida cuenta del procedimiento establecido en el artículo 162, apartado 2, de la LGSS, el divisor podría adaptarse para reflejar el número de cuotas efectivamente satisfechas por el asegurado por las remuneraciones ordinarias y extraordinarias” –apartados 50 y 51-.

Conducen todos estos argumentos a un fallo tajante según el cual *“los artículos 48 TFUE (y los demás puestos en cuestión del Reglamento 1408) ... se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la analizada en el litigio principal, en virtud de la cual la cuantía teórica de la pensión de jubilación del trabajador por cuenta propia, migrante o no, se calcula invariablemente a partir de las bases de cotización de ese trabajador en un período de referencia fijo anterior al pago de su última cuota en ese Estado, a las cuales se aplica un divisor fijo, sin que resulte posible adaptar ni la duración de este período ni este divisor con el fin de tomar en consideración el hecho de que el trabajador en cuestión ha ejercido su derecho a la libre circulación”*.

De acuerdo con la STSJ/Galicia de 15 de marzo de 2013, Rec. Sup. 3645/2007, la consecuencia de esta decisión es que, *“si adaptamos, en el caso de autos, la duración del período de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, así como el divisor a utilizar, con el fin de tomar en consideración el hecho de que la trabajadora aquí recurrente ha ejercido su derecho a la libre circulación, la base reguladora de su pensión de jubilación es el resultado de dividir el total de las cotizaciones españolas realizadas durante 8 años y 3 meses –un total de 99 meses-, que asciende a 71.746,24 €, entre 115,5 –que son las pagas ordinarias y extraordinarias cotizadas durante 99 meses-: supone salvo involuntario error de cálculo la base reguladora de 621,17 €”*.

Tal ha sido la trascendencia de la doctrina Salgado González en el caso concreto. Queda ver cuál puede ser su trascendencia general. La circunstancia de que el entonces vigente Anexo VI del Reglamento 1408 haya sido sustituido por el actualmente vigente Anexo XI del Reglamento 883, donde se contempla un mecanismo *ad hoc* de cobertura de lagunas de cotizaciones españolas –que analizaremos en las siguientes páginas-, parece mermar esa

trascendencia general, dejando el Caso Salgado González en una disfunción ciertamente grave pero ya normativamente superada. Y es verdad que, si la cobertura de lagunas se realiza en términos adecuados, el resultado numérico no debería ser diferente: tanto monta, monta tanto en la regla de cálculo de las pensiones españolas –ya lo hemos dicho– el llenar las lagunas de cotización existentes en el dividendo con las cotizaciones españolas más cercanas en el tiempo y debidamente actualizadas, como el ajustar el divisor a los efectos de excluir periodos de cotización en el país extranjero.

No obstante, la doctrina Salgado González presenta un doble efecto general que se deriva de su fundamentación directa con lo establecido en el artículo 48 del TFUE:

- En primer lugar, nos permite detectar con bastante precisión aquellas interpretaciones del Anexo XI del Reglamento 883 que son contrarias al artículo 48 del TFUE, así como, complementariamente, las que son más conformes. Me remito ahora a alguno de los problemas interpretativos a que *ut infra* haremos oportuna mención. Y, en concreto, si el mecanismo de cobertura de lagunas se aplica solo a los periodos de cotizaciones foráneas anteriores a las españolas o también a los posteriores. Si en el Caso Salgado González se hubiera aplicado el sistema de cobertura de lagunas del Anexo XI también a los posteriores, la base reguladora no variaría mucho a la obtenida ajustando el divisor. *Ergo*, es la interpretación más conforme al artículo 48 del TFUE.

- Y, en segundo lugar, nos permite realizar en cada caso concreto la prueba del nuevo de que el Anexo XI del Reglamento 883 se ha aplicado conforme con el artículo 48 del TFUE, de manera que, si el resultado del cálculo realizado por la entidad gestora es diferente e inferior al ajuste del divisor que posibilita Salgado González, esa aplicación es presumiblemente incorrecta, siendo a la entidad gestora a la que le corresponderá alegar y probar que es correcta –lo que no siempre hace, pues todavía se sigue acudiendo al mecanismo de cobertura de lagunas con bases mínimas según los artículos 197.4 y 209.1.b) de la LGSS; de hecho esto explica en parte el

Caso Salgado González: no se le cubrieron las lagunas con bases mínimas porque era una autónoma-.

LA SOLUCIÓN DADA AL PROBLEMA DE LA DOBLE PRORRATA EN EL REGLAMENTO 883/2004/CE, DE 29 DE ABRIL DE 2004

Habiendo dos maneras teóricamente posibles para resolver el problema de la doble prorrata, la legislación comunitaria ha pretendido solucionarlo a través del nuevo Reglamento 883 de una manera diferente a cómo lo ha resuelto el Tribunal de Justicia en el Caso Salgado González: cubriendo las lagunas de cotización por periodos considerados en países extranjeros con una proyección de las cotizaciones españolas debidamente actualizadas. A estos efectos se acometen dos modificaciones, una en la norma de base general aplicable en principio a todos los Estados miembros –el nuevo artículo 56.1.c) del Reglamento 883 como sucesor del antiguo 47.1.e) del Reglamento 1408-, y otra en la norma de desarrollo aplicable solamente a España –el nuevo Anexo XI del Reglamento 883 como sucesor del antiguo Anexo VI del Reglamento 1408-.

De un lado, el artículo 56.1.c), después de reiterar el antiguo 47.1.e) del Reglamento 1408, añade que la institución competente “*utilizará, para la determinación del importe que haya de calcularse en concepto de los períodos de seguro y/o residencia cumplidos con arreglo a la legislación de los otros Estados miembros, los mismos elementos determinados o acreditados para los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique; de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Anexo XI para el Estado miembro de que se trate*”.

Y de otro lado, se añade otra regla en el Anexo XI, heredero del Anexo VI del Reglamento 1408, según la cual “*cuando en el período de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión, deban ser computados períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados 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”.

Una primera duda interpretativa derivada de la nueva regulación es si, después de la mismas, se debería mantener o se debería revisar la conclusión de que, para realizar el cálculo de la base reguladora, debemos retrotraernos a fechas anteriores a las últimas cotizaciones españolas. Ya hemos insistido a lo largo del estudio en que esa retroacción, si bien se derivaba de una interpretación literal de las reglas comunitarias en especial desde la introducción del Anexo VI a través del Reglamento 1248/92/CE, de 30 de abril, era frontalmente contraria a lo establecido en la norma española interna y a la finalidad meramente coordinadora de los reglamentos, aparte de generar una diferencia difícilmente justificable con los trabajadores sedentarios y alguna disfunción como la inclusión en el arco temporal a considerar de periodos de cotización imposible.

Aunque es cierto que el Tribunal de Justicia ha mantenido esa interpretación en todas las Sentencias en que ha resuelto cuestiones prejudiciales españolas al amparo del viejo anexo VI del Reglamento 1408, y muy en particular en el Caso Grajera Rodríguez, también es cierto que nunca ha resuelto conforme al nuevo Reglamento 883, y si bien se se mantienen en él las reglas del antiguo 1408 cuya literalidad se interpretó como retroacción a fechas anteriores a las últimas cotizaciones españolas, es posible otra interpretación distinta en el marco de la nueva regulación del actual 883 si hacemos una lectura asimismo posible de las reglas subsistentes en conjunción con las nuevas reglas.

En primer lugar, porque el nuevo artículo 56.1.c) del Reglamento 883 –a diferencia del viejo artículo 47.1.e) del Reglamento 1408- ya obliga a que *“los elementos determinados o acreditados para los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique”* –en nuestro caso, las cotizaciones españolas-, la institución competente los aplique sobre *“los períodos de seguro y/o residencia cumplidos con arreglo a la legislación de los otros Estados miembros”* –esto es, sobre periodos distintos a aquellos en los

cuales se realizaron dichas cotizaciones españolas-.

En segundo lugar, porque, a consecuencia de lo anterior, la regla del Anexo XI del 883 – que proviene del Anexo VI del 1408- según la cual *“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”*, se podría entender en el sentido de considerar las cotizaciones reales del asegurado durante los años inmediatos anteriores a la última cotización española, pero no necesariamente de considerar el periodo en que se hicieron.

En tercer lugar, porque el nuevo sistema de cobertura de lagunas perdería gran parte de su efectividad a los efectos de garantizar la libertad fundamental de circulación de trabajadores si solo sirviera para cubrir las lagunas derivadas del trabajo en el extranjero anteriores a las últimas cotizaciones españolas, y no para cubrir las posteriores, lo que necesariamente conduce a situar el *dies a quo* del arco temporal a considerar en la fecha del hecho causante, pues si lo situamos en las últimas cotizaciones españolas, y hay cotizaciones extranjeras posteriores, el vacío que estas provocan no quedaría cubierto: justo este fue el supuesto del Caso Salgado González.

Y, en cuarto lugar, porque, si seguimos considerando como *dies a quo* del arco temporal las últimas cotizaciones españolas, y hay cotizaciones extranjeras posteriores, la evitación de la doble prorrata obligaría a ajustar el divisor como el Tribunal de Justicia entendió en el Caso Salgado González⁴⁵. Pero esto sería reconocer que el problema de

⁴⁵ En este sentido se manifiesta CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, en “Base reguladora ...”, obra citada. Si finalmente se resolviese la duda interpretativa planteada en el texto principal en el sentido de que el *dies a quo* del arco temporal a considerar se sitúa en las últimas cotizaciones españolas, estaríamos entonces totalmente de acuerdo con esta autora en que habría que aplicar la solución del Asunto Salgado González para garantizar la libertad fundamental de circulación de los trabajadores. No sería necesario, sin embargo, acudir a esa solución, si se resolviese la duda interpretativa planteada en el texto principal en el sentido de que el *dies a quo* del arco temporal a considerar se sitúa en el hecho causante de la pensión.

la doble prorrata que pretendió resolver el Anexo XI, no lo resolvió de manera efectiva y completa. Mucho más lógico nos parece concluir que sí lo resolvió y, a estos efectos, la solución pasa por situar el *dies a quo* en la fecha del hecho causante.

En conclusión, la nueva regulación del Reglamento 883 entiendo que conduce a una interpretación diferente a la hasta ahora derivada del Reglamento 1408 según la cual el *dies a quo* del arco temporal a considerar es el hecho causante de la jubilación o de la incapacidad permanente por enfermedad común. Y, si esta interpretación no se acepta, la doctrina Salgado González debería acudir al rescate del Anexo XI, conduciendo a una base reguladora que debería ser cuantitativamente similar. De ahí la relatividad, en principio, de una cuestión prejudicial acerca de esta duda interpretativa relativa al *dies a quo* del arco temporal a considerar, aunque, obviamente, si en algún caso su decisión fuera relevante para el fallo, sería muy conveniente plantearla al TJUE.

Otra duda interpretativa surge de la complejidad misma del nuevo sistema de cobertura de lagunas pues obliga a realizar una actualización de las cotizaciones españolas –es una actualización *ex ante*- proyectándolas *ad futurum* cuando aquellas sean anteriores a la migración a través de la oportuna revalorización y proyectándolas *ad preteritum* cuando aquellas sean posteriores a la migración a través de la oportuna devaluación. *¿Quid iuris* si los periodos de trabajo en otros Estados miembros de la Unión Europea se intercalan con periodos trabajados antes o después en España con cotizaciones de cuantía diferente? Habrá que discernir, siendo sus cuantías diferentes, si se revalorizan las cotizaciones españolas anteriores a la migración, o si se devalúan las cotizaciones españolas posteriores a la migración. En principio, se debería estar a las cotizaciones más representativas de la vida laboral del migrante para evitar que cotizaciones ocasionales más cercanas a los periodos en el extranjero, pero inferiores a un prolongado periodo cotizado anterior o posterior, puedan conducir a desplomes de la base reguladora, y, en caso de alguna duda, se debería estar a las cotizaciones más beneficiosas para el trabajador (principio *pro beneficiario*). De hecho, la doctrina

más autorizada –que compartimos- sostiene el derecho del migrante a la libre elección⁴⁶.

Resulta también cuestión dudosa que, en consonancia con el nuevo artículo 56.1.c) del Reglamento 883, su Anexo XI se refiera, como una laguna a cubrir, tanto a los “*periodos de seguro ... cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros*”, como a los “*periodos ... de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros*”. Tal redacción llevada al extremo literal podría suponer la consideración como laguna a cubrir de cualesquiera periodos resididos pero no cotizados en el país comunitario. Quizás lo más correcto sea considerar que esos periodos de residencia creadores de laguna a cubrir son aquellos en que el trabajador se encuentra residiendo en el país comunitario al amparo de su derecho a la libre circulación como trabajador. Y es que el periodo de búsqueda de trabajo en el extranjero, aunque durante ese periodo no se cotice, resulta lógico no cree vacíos de cotización en contra del trabajador migrante.

Lo que si deja claro la norma es cuál es el índice de actualización a utilizar: “*la evolución del índice de precios al consumo*”. Ha acertado plenamente la normativa comunitaria al utilizar el mismo índice de actualización que en la normativa interna se utiliza para actualizar las bases de cotización a los efectos del cálculo de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común, garantizando de este modo una actualización de las cotizaciones idéntica a la de un trabajador sedentario. Si bien la función de esta actualización es doble en el caso de ser trabajador migrante pues las cotizaciones así actualizadas se proyectan, por un lado, sobre los periodos en que se han realizado en el supuesto de que estos se encuentren dentro del arco temporal a tomar en consideración para el cálculo de la pensión, y, por otro lado, sobre los periodos en que se ha trabajado y/o residido en el extranjero a los efectos de cubrir esas lagunas.

Unida la efectividad del índice de actualización utilizado en la norma de cobertura de

⁴⁶ CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, “Base reguladora ...”, obra citada.

lagunas a la circunstancia de que hoy en día es inimaginable que una solicitud de pensión tome en consideración cotizaciones anteriores a la implantación del Sistema de Seguridad Social –que garantiza una cuantía cotizada mínima-, podemos afirmar –siempre que se aplique de manera correcta y útil el Anexo XI del Reglamento 883- la erradicación de las bases reguladoras insignificantes –tan típicas de las pensiones solicitadas en los años noventa e incluso en los primeros años de este Siglo-. La base reguladora resultará siempre igual o superior a la mínima, salvo el caso de ser las cotizaciones españolas a considerar inferiores a la mínima por derivar de un trabajo a tiempo parcial: pero esto también sería igualmente así para un trabajador sedentario.

Se trata, en suma, de un sistema ad hoc de cobertura de lagunas de cotizaciones españolas por los periodos trabajados en el extranjero con bases españolas actualizadas que es diferente al sistema de cobertura de lagunas de cotizaciones –españolas y extranjeras- con bases mínimas de los artículos 197.4 y 209.1.b) de la LGSS. De ahí que (1) se aplique, al no hacerse ninguna clase de distingo en la norma comunitaria y donde la ley no distingue no debemos nosotros distinguir, a la totalidad de los Regímenes de la Seguridad Social, incluyendo al Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos y el Sistema Especial de Empleados del Hogar⁴⁷, y (2) no se tomen bases mínimas –y menos aún bases mínimas devaluadas como para ciertos periodos acaece, desde las últimas reformas, en los artículos 197.4 y 209.1.b) de la LGSS- más que –obviamente- en el supuesto de que la actualización de las bases españolas conduzca a cuantías mínimas.

Nada impide –eso sí es cierto- que se puedan aplicar en un mismo supuesto los dos sistemas de cobertura de lagunas: si la laguna de cotización española se corresponde con un periodo de trabajo o residencia en el extranjero, se aplicará el Anexo XI del Reglamento 883; mientras que si se trata de lagunas de cotización correspondientes a periodos no trabajados se aplicarán los artículos 197.4 y

209.1.b) de la LGSS. Esta conclusión no plantea especiales problemas, a nuestro juicio⁴⁸, en orden al principio de igualdad entre trabajadores migrantes y trabajadores sedentarios, antes al contrario, supone aplicarles a ambos el sistema de cobertura de lagunas con bases mínimas de los artículos 197.4 y 209.1.b) de la LGSS estrictamente en los casos para los cuales este está establecido, es decir cuando no hay cotizaciones ni en España ni en ningún otro Estado.

Bajo los anteriores planteamientos interpretativos –y, en particular, si admitimos que el *dies a quo* del arco temporal se sitúe en el hecho causante de la pensión de que se trate-, la regla contenida en el Anexo XI del Reglamento 883 –proveniente del Anexo VI del Reglamento 1408- según la cual “*la cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior, para las pensiones de la misma naturaleza*”, resulta innecesaria como mecanismo de actualización –pues esta ya se garantiza gracias al nuevo sistema de cobertura ad hoc de lagunas, siempre que, se insiste, lo apliquemos adecuadamente-. Su sentido sería el de garantizar la revalorización de las pensiones en los mismos términos en que se garantizan para los trabajadores sedentarios, y para todos los pensionistas. Posibilita esta interpretación que

⁴⁸ Para CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, el sistema de cobertura de lagunas de los artículos 197.4 y 209.1.b) de la LGSS sí plantea problemas desde la perspectiva de aplicación de la libertad fundamental de circulación de trabajadores dado que –según entiende esta autora- el periodo de referencia para el cálculo de la pensión es diferente para los trabajadores sedentarios –la fecha del hecho causante- y para los trabajadores migrantes –la fecha de las últimas cotizaciones españolas-. Problemas a resolver aplicando la doctrina Salgado González. Pero si sostenemos –como defendemos en el texto principal- la interpretación de que el periodo de referencia se ubica de forma idéntica para sedentarios y migrantes en la fecha del hecho causante, el sistema de cobertura de lagunas de los artículos 197.4 y 209.1.b) de la LGSS puede cohabitar perfectamente con el sistema de cobertura de lagunas del Anexo XI del Reglamento 883 sin plantear problemas desde la perspectiva de aplicación de la libertad fundamental de circulación de trabajadores. Baste añadir que, si finalmente los tribunales acaban considerando que el periodo de referencia en el caso de migrantes se debe situar en la fecha de las últimas cotizaciones españolas, compartiríamos totalmente la opinión de esa autora, que conduciría a la aplicación de Salgado González.

⁴⁷ CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, “Base reguladora ...”, obra citada.

el Reglamento 1223/98/CE, de 4 de junio de 1998, suprimió de esta regla el inciso “hasta el año anterior al hecho causante” que tenía en su redacción original introducida a través del Reglamento 1248/92/CEE, de 30 de abril.

Una última precisión resulta oportuna. El Reglamento 883 es norma amparada en el principio *iura novit curia*, de manera que, aún reclamándose en la demanda la aplicación del convenio bilateral supuestamente más favorable, y descartándose esta por la razón que fuere, el órgano judicial no puede eludir la fiscalización de la actuación de la entidad gestora, eso sí utilizando solo los datos fácticos de que dispone (dada la proscripción de indefensión) y sin elevar la cuantía de lo reclamado (dada la proscripción de incongruencia). Al respecto, se ha dicho que *“(aunque) el Tribunal Supremo ha considerado, en numerosas ocasiones, que no es posible aplicar el convenio bilateral más favorable en el trámite de unificación de doctrina si no ha sido alegado por la parte interesada ... ni el recurso de suplicación es tan extraordinario como el de casación para la unificación de doctrina, ni –y esto es lo realmente decisivo– se trata aquí de aplicar un convenio bilateral que no fue alegado por aquella parte a quien le interesaba, sino de revisar la aplicación de una norma comunitaria a la que obligatoriamente se debe sujetar la actuación de las entidades gestoras”*⁴⁹.

⁴⁹ STSJ/Galicia de 22 de mayo de 2015, Rec. Sup. 3237/2013. Resuelve esta Sentencia un recurso de suplicación interpuesto por el trabajador migrante contra una sentencia de instancia en la cual se negaba la aplicación de las bases medias en el Convenio bilateral Hispano Italiano. El TSJ/Galicia niega esa aplicación dado que la migración fue posterior a la entrada de España en la Unión Europea, pero procede a aplicar de oficio el Reglamento 883. Comoquiera que *“la profesión del recurrente ha sido siempre sustancialmente la misma de marino / mecánico engrasador, tanto en España como en Italia ... ascendiendo sus últimas cotizaciones en España (9/2005 y 8/2005) a 2.415,90 euros mensuales”*, el TSJ/Galicia, aunque no realiza el cálculo exacto de la pensión de jubilación española cubriendo las lagunas con esas cotizaciones actualizadas, advierte que *“los cálculos realizados por la entidad gestora sustentados en la cobertura de las lagunas de cotización en España correspondientes con los periodos cotizados en Italia con bases mínimas producen un efecto aminorador de la cuantía de la base reguladora de la pensión de jubilación del trabajador recurrente que no se ajusta a lo establecido en el Anexo XI del Reglamento (CE) 883”*. Basándose en esta premisa a todas luces evidente, estima el recurso de suplicación inter-

UNA (HASTA EL MOMENTO)
 ÚLTIMA DUDA PREJUDICIAL:
 LAS COTIZACIONES DE UN
 CONVENIO ESPECIAL CON BASES
 MÍNIMAS REGLAMENTARIAMENTE
 OBLIGATORIAS, EL CASO CRESPO REY

La interactuación del sistema de cobertura de lagunas introducido en el Reglamento 883 y contemplado en su Anexo XI con las cotizaciones derivadas de la suscripción de convenios especiales por los trabajadores migrantes durante su migración o a su retorno es la problemática a que se ha enfrentado la (de momento) última cuestión prejudicial suscitada en la materia al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se trata del Caso Crespo Rey: un trabajador que ha cotizado en España durante varios periodos entre 8/1965 y 6/1980, siendo la última cotización acreditada de Junio de 1978 en cuantía –superior a la base mínima de cotización entonces vigente– de 133,59 €; desde 1/5/1984 hasta 30/11/2007 ha cotizado en Suiza; una vez retornado a España, suscribió a 1/12/2007 convenio especial para los emigrantes españoles e hijos de estos que trabajen en el extranjero, cotizando por bases mínimas; solicitada la pensión de jubilación, y después de ciertas correcciones, le es reconocida sobre una base reguladora de 639,26 € tomando en consideración el periodo de 1/1/1998 a 30/12/2013, y, en cuanto a las cuantías a considerar: de 1/12/2007 a 31/12/2013 las bases de cotización a dicho convenio especial, y de 1/1/1998 a 30/11/2007 las bases mínimas de cotización.

puesto por el trabajador migrante argumentando que *“para solventar ese efecto aminorador se pudieron tomar en consideración las últimas bases de cotización realizadas en España por el trabajador recurrente en la misma profesión que la desarrollada en Italia, en su caso topadas según el grupo de cotización, y, en cualquier caso, el cálculo sobre la premisa de las bases medias solicitado en la demanda rectora de actuaciones y en el recurso de suplicación, que conduce a una base reguladora de 1.037,70 euros mensuales ... queda perfectamente cubierto conforme a las previsiones fácticas recién expresadas y siempre dentro de las exigencias de la congruencia procesal”*. Dejando así el TSJ/Galicia entrever que, de haberse solicitado por el trabajador la aplicación del Reglamento 883, se habría obtenido una base reguladora posiblemente superior a la resultante de aplicar las bases medias.

Cuestiona el Auto de planteamiento de la cuestión⁵⁰ que se hayan tomado en consideración para el cálculo de la base reguladora los cotizaciones del convenio especial, bien directamente o bien para proyectarlas como cobertura de lagunas en el periodo de referencia, cuando es que, según la normativa interna, ese convenio, en caso de trabajadores migrantes, solo puede ser suscrito sobre unas bases mínimas –artículo 15.6 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre-. En contraposición, el convenio especial ordinario que pueden suscribir los trabajadores o asimilados que causen baja en el Régimen del Sistema de la Seguridad Social en que se hallen encuadrados y no estén comprendidos en el momento de la suscripción en el campo de aplicación de cualquier otro –artículo 2-, pueden optar entre cotizar por un promedio de las últimas bases anteriores al cese, por las bases mínimas o incluso por una base intermedia –artículo 6-.

Pues bien, la STJUE de 28 de junio de 2018, Caso Crespo Rey, C-2/17, aprecia la existencia de una desigualdad de trato entre trabajadores migrantes y trabajadores sedentarios que es contraria –dado que se trata de Suiza-, no a los artículos 45 y 48 del TFUE, sino al Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, rubricado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999. Tal Acuerdo *“debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la analizada en el litigio principal, que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social de ese Estado miembro a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, al calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, la institución competente de dicho Estado miembro equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro y solo toma en consideración, a efectos de ese cálculo, las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, dicho trabajador hubiera co-*

tizado en el Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y cuando un trabajador sedentario que no hizo uso de su derecho a la libre circulación y que suscribe tal convenio dispone de la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización”.

El problema subsiguiente –sobre el que también el auto de planteamiento, para el caso de apreciarse una desigualdad de trato, había solicitado respuesta al TJUE- es el medio adecuado para reponer la igualdad de trato entre trabajadores migrantes y los trabajadores sedentarios. Afirma al respecto el Tribunal de Justicia –en el apartado 75 de su Sentencia- que *“corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del litigio determinar cuáles son, en Derecho interno, los medios más adecuados para conseguir la igualdad de trato entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores sedentarios”*, con lo cual da libertad al órgano judicial nacional, aunque apunta que *“este objetivo podría alcanzarse, a priori, concediendo también a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial tal facultad y permitiéndoles cotizar retroactivamente con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y, en consecuencia, reclamar sus derechos a una pensión de jubilación en función de estas nuevas bases”*.

Y esta indicación del TJUE es la que sigue la STSJ/Galicia de 12 de julio de 2018, Rec. Sup. 881/2016, condenando al INSS –dicho sucintamente- a: (1) calcular la base reguladora máxima posible considerando desde 1/1/1998 hasta 31/12/2013 la última cotización realizada por el trabajador a Junio de 1978, que asciende a 133,59 euros, actualizada con el índice oficial de precios al consumo; (2) establecer la cuantía diferencial que, de 1/12/2007 a 31/12/2013, debería haber abonado el demandante si hubiera suscrito el convenio especial tomando en consideración esa base de cotización de 133,59 euros actualizada; conceder al beneficiario un plazo para que este decida si le interesa mantener la base reguladora de 639,26 euros que se le ha reconocido, u optar por la que resulta del cálculo expresado realizando la regularización aludida; y posibilitar la regularización distribuyendo la cantidad total a regularizar en cuantías iguales para cada mes mediante la reducción de la pensión

⁵⁰ Auto TSJ/Galicia de 13 de diciembre de 2016, Rec. Sup. 881/2016.

que le corresponda percibir durante el periodo de 6 años y un mes –periodo de tiempo de 1/12/2007 a 31/12/2013-.

Hemos de reseñar que la entidad gestora, en la tramitación del procedimiento prejudicial ante el TJUE, argumentó la inadmisión de la cuestión prejudicial en base a que el trabajador continuó trabajando en Suiza hasta 31/12/2013, de manera que el demandante siguió trabajando en Suiza después de 30/11/2007 hasta 31/12/2013, con lo cual el convenio especial para migrantes e hijos de migrantes que pudo suscribir durante ese tiempo le concede un beneficio frente a los trabajadores sedentarios que impide la comparación a los efectos de apreciar una diferencia de trato pues estos no pueden suscribir convenio especial alguno mientras están trabajando mientras que aquellos sí. El TJUE despachó este alegato afirmando –en el apartado 38 de su Sentencia- que *“la cuestión de si, en el momento de suscribir este convenio, el Sr. Crespo Rey había regresado a España o continuaba trabajando y cotizando en Suiza constituye cuestión de hecho del litigio principal que no corresponde de comprobar al Tribunal de Justicia”*.

Tal alegato se reitera ante el TSJ/Galicia unos días antes de la fecha anunciada por el TJUE para la publicación de su Sentencia. El TSJ/Galicia lo rechaza por extemporáneo. Pero a mayor abundamiento el TSJ/Galicia argumenta la irrelevancia de ese hecho porque *“el convenio especial –sin perjuicio de otros efectos prestacionales que pudiera tener sería inútil a los efectos de cubrir las lagunas de cotización en España”*, con la consecuencia de que, para esa cobertura, *“habríamos necesariamente de acudir a las últimas cotizaciones realizadas en España, que son precisamente las que, según la respuesta ofrecida por el TJUE, se debieron tomar en consideración para posibilitar las cotizaciones al convenio especial superiores a la mínima”*. Nos encontramos con una argumentación muy condensada que se podría desarrollar en los siguientes términos: si el Sr. Crespo Rey hubiera trabajado hasta el retorno a España sin suscribir convenio especial, se cubrirían los periodos de migración en Suiza con las últimas cotizaciones españolas actualizadas; la suscripción de un convenio especial durante la migración en Suiza con una finalidad protectora de los

trabajadores migrantes no le debería impedir cotizar por una base equivalente a las últimas cotizaciones españolas; y si se le ha impedido, las bases mínimas no deberían servir para cubrir las lagunas de cotización en España, con lo cual se estaría a las últimas cotizaciones españolas actualizadas siempre que se regularizasen las cotizaciones realizadas durante la vigencia del convenio especial; esto es el núcleo de la cuestión que resolvió el TJUE, y es, ni más ni menos, lo mismo que resolvió el TJUE; luego el hecho es irrelevante.

Quede claro, en especial al hilo de estas últimas consideraciones, que la interacción del sistema de cobertura de lagunas introducido en el Reglamento 883 y contemplado en su Anexo XI con las cotizaciones derivadas de la suscripción de convenios especiales por los trabajadores migrantes durante su migración o a su retorno, no se agota con el supuesto del Caso Crespo Rey. Sin duda alguna, se plantearán problemas sobre la temática de manera novedosa, y sin precedentes a los que agarrarse.

A MODO DE RECAPITULACIÓN: LAS REGLAS DE CÁLCULO CONTENIDAS EN LAS NORMAS COMUNITARIAS DE LAS PENSIONES NACIONALES DE TRABAJADORES MIGRANTES ESPAÑOLES EN LA UNIÓN EUROPEA

La primera y más esencial de las conclusiones que, a modo de recapitulación de nuestro estudio, debemos alcanzar en este proceloso océano que es el cálculo de las bases reguladoras de las pensiones españolas de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común de los trabajadores migrantes en la Unión Europea, es la de que los términos de la problemática se han modificado radicalmente desde los años noventa hasta la actualidad. En términos normativos, la tesis de las bases máximas ya ha pasado a la historia, y a la tesis de las bases medias ya no le queda mucha vida. Pero no solo se ha modificado en términos normativos, también se ha modificado en términos sociológicos pues hoy en día los ciclos migratorios son más variados que el usual de los años sesenta y setenta, y ello se debe tomar en consideración en la aplicación normativa.

Sin embargo, las entidades gestoras, dadas las corrientes de arrastre y las dificultades de la normativa comunitaria, a veces aún usan bases mínimas o –peor aún– sus cálculos llevan a bases insignificantes. Y los operadores jurídicos siguen construyendo las demandas de sus clientes sobre el argumentario de las bases medias, lo que no siempre conduce al éxito. Incluso se han llegado a solicitar bases mínimas alegando un convenio bilateral como más favorable que la normativa comunitaria, lo que es chocante pues supuestamente los reglamentos comunitarios buscan garantizar una libertad de circulación que no era objetivo primordial de los convenios bilaterales.

Debemos romper con estas sinergias provenientes del pasado. La normativa comunitaria, tras muchas reformas, debe conducir siempre a bases iguales o superiores a las mínimas. Y si en algún caso no lo hace –como ocurrió en Salgado González– es porque se aplica mal y se debe corregir con la finalidad de obtener la mejor garantía de la libertad fundamental de circulación de los trabajadores dentro de la Unión Europea.

¿Cómo se calculan en suma las bases reguladoras de las pensiones españolas de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común de los trabajadores migrantes en la Unión Europea? Podríamos hacer resumidamente el siguiente esquema –que responde a las argumentaciones que hemos vertido a lo largo de nuestro estudio, sin perjuicio de las interpretaciones que realicen los tribunales, y en especial el TJUE–:

(1) Se tomara la fecha del hecho causante como *dies a quo* desde el cual arranca hacia atrás el periodo temporal a considerar, en los mismos términos para los trabajadores migrantes que la normativa interna aplica para los trabajadores sedentarios.

(2) Durante ese periodo temporal a considerar se tomarán como bases de cotización: si hay periodos cotizados en España, las bases españolas debidamente actualizadas conforme al índice de precios al consumo + las bases españolas debidamente actualizadas conforme al índice de precios al consumo más cercanas en el tiempo para los periodos de trabajo y/o residencia en otro país comunitario + las bases

derivadas de la aplicación de la normativa interna sobre cobertura de lagunas, si esta resultase aplicable, para periodos no cotizados ni en España ni en otro país comunitario.

(3) Calculada así la base reguladora, o cuantía teórica, y aplicada la pro rata temporis, la normativa comunitaria garantiza su revalorización periódica con arreglo al importe de las revalorizaciones calculadas cada año posterior para pensiones de la misma naturaleza –en los mismos términos, pues, que para los trabajadores sedentarios–.

Obviamente este esquema no pretende resolver todos los posibles problemas, sino que es un esquema sencillo dirigido a la comprensión del esqueleto normativo según lo hemos interpretado a lo largo de nuestro estudio. A partir de aquí pueden surgir muchos problemas. El Caso Crespo Rey es demostrativo, por ejemplo, de cómo puede afectar a la cuestión la suscripción de un convenio especial, sin que, además, la solución dada en dicho Caso agote todos los problemas que dichos convenios pueden plantear.

Solamente si los operadores jurídicos conocen la normativa comunitaria, liberándose del perjuicio de que con ella nunca se llega a nada, y cuestionando la aplicación de las entidades gestoras más allá de la rutina de reclamar bases medias, los tribunales podrán ir perfilando la aplicación de la normativa comunitaria en la materia.

Y a los tribunales también les corresponde asumir de oficio, en aplicación del *iura novit curia*, la vigilancia de la correcta aplicación de la normativa comunitaria por las entidades gestoras, eso sí, respetando los principios de defensa y de congruencia.

A esta labor de los operadores jurídicos y de los tribunales debe coadyuvar activamente la doctrina científica, ofreciendo datos para aclarar los diversos problemas.

Porque, y con esto ya acabamos, los problemas interpretativos que quedan por resolver en esta materia son muchos y variados –pues por más que sobre estos problemas ya hayamos dado nuestra opinión interpretativa, deben ser los tribunales quienes tendrán la últi-

ma palabra, y en especial el TJUE-: ¿cuál es el *dies a quo* del arco temporal a considerar para el cálculo de la pensión? ¿qué cotizaciones españolas son en cada caso las más cercanas en el tiempo? ¿una cuantía cotizatoria ocasional puede servir para la cobertura de lagunas? ¿debería exigirse que las cotizaciones sean representativas de la carrera cotizatoria del trabajador? ¿qué sentido tiene la alusión de la norma comunitaria a la residencia en otros países? ¿cómo interacciona la suscripción de convenios especiales con el sistema comunitario de cobertura de las lagunas? ... y todo ello se debe resolver, siguiendo las enseñanzas del Caso Salgado González –y de tantos otros casos anteriores plasmando una idéntica doctrina-, atendiendo a la mejor garantía de la libertad fundamental de circulación de trabajadores dentro de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.

- “Cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la cuantía teórica”, en *Migrantes y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España* (dir. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina; coord. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María), Ediciones Laborum, Murcia, 2006.
- “Base reguladora de la jubilación para migrantes tras el asunto Salgado González”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, números 9/2014 – 10/2014, BIB 2014\66.
- “Coordinación de los Sistemas nacionales de Seguridad Social”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

DESIDENTADO BONETE, Aurelio, “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión Europea en unificación de doctrina”, *Noticias de la Unión Europea*, número 157, 1998.

DESIDENTADO DAROCA, Elena, “De nuevo sobre los problemas de 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”, *Revista de Derecho Social*, número 62, 2013.

FERNÁNDEZ DE LA MATA, Emilio, “Cálculo de la base reguladora de las prestaciones de vejez en España, cuando sea preciso totalizar períodos cotizados en dos o más países comunitarios. Sistema previo y posterior a la integración de España en la CEE”, en *Derecho Social Comunitario*, CGPJ, Madrid, 1992.

GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDÁ, Carlos, “La cotización extranjera en la pensión de jubilación española”, *Tribuna Social*, número 95, 1998.

GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “La Seguridad Social de migrantes españoles en la Unión Europea en la doctrina judicial”, *Actualidad laboral*, número 19, 2009.

OJEDA AVILÉS, Antonio, “El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 1/2000, BIB 2000\9.

RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, “Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez: nota de urgencia a la STJCE de 12 de septiembre de 1996, Caso Lafuente”, *Actualidad Laboral*, número 1, 1997.

ROJAS CASTRO, Manuel, “Duda hispano-comunitaria aclarada que precisa clarificación. Estudio de la Sentencia Lafuente Nieto, de 12 de septiembre de 1996, C-251/94, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la base reguladora y el prorrateo de las pensiones españolas de los trabajadores migrantes”, *Aranzadi Social*, número 5, 1997.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, *Coordinadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ediciones Laborum, Murcia, 2005.

RESUMEN

El Derecho de la Unión Europea, en aras a garantizar la libertad fundamental de circulación de los trabajadores, establece una serie de reglas para el cálculo de las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores migrantes de un Estado miembro en otro Estado miembro con la finalidad de garantizarles los mismos derechos que tendrían si no hubieran migrado, es decir si se hubieran quedado en su país de origen. En el contexto de aplicación de esta normativa comunitaria, la cuestión del cálculo de las bases reguladoras de las pensiones españolas de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común de los trabajadores migrantes es, por su litigiosidad inacabable, la cuestión estrella cuando se trata de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes españoles en la Unión Europea. Inicialmente, la regulación comunitaria contenida en el viejo Reglamento 1408/71/CE era muy perjudicial para los migrantes, pues obligaba a tomar exclusivamente las cotizaciones reales españolas, normalmente muy antiguas en el tiempo, a veces desconocidas en su cuantía exacta, sin contemplar en un primer momento su actualización. Dadas las dificultades de gestión de esa regulación y para evitar una grave perjuicio a los migrantes, las entidades gestoras comenzaron a aplicar la cobertura de lagunas con bases mínimas regulada en nuestra normativa nacional. Tropezaba este planteamiento con el de la jurisprudencia previa elaborada sobre la base de los convenios bilaterales que permitía considerar los más elevados salarios devengados en el país comunitario topados con la base máxima española. Frente a la tesis de las bases mínimas y a la tesis de las bases máximas, surgió, como solución de equidad, la tesis de las bases medias, que el Tribunal Supremo acogió y sostuvo contra viento y marea a lo largo de la década de los noventa. Pero las tres cuestiones prejudiciales interpuestas entonces ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Lafuente Nieto, Naranjo Arjona y Grajera Rodríguez) obligaron a tomar las cotizaciones reales españolas, si bien permitiendo su actualización, y posibilitando la aplicación de los convenios bilaterales más favorables. Sin embargo, todo este planteamiento de la cuestión no identificaba adecuadamente la existencia del problema denominado doble prorrata, pues a la *pro rata temporis* establecida en la norma comunitaria para determinar el porcentaje de base reguladora a cargo de España, se unía la circunstancia de que, en el periodo de referencia a considerar para el cálculo de las pensiones españolas, se producían vacíos de cotización española derivados de los periodos trabajados en el extranjero, lo que hundía a la baja las bases reguladoras. El problema de la doble prorrata fue reconocido en una nueva cuestión prejudicial (Salgado González) con un resultado, por primera vez, favorable a los trabajadores migrantes, permitiendo, para garantizar su libertad fundamental de circulación, ajustar el divisor en la fórmula de cálculo de las pensiones españolas con la consiguiente neutralización de los vacíos de cotización. Y el vigente Reglamento 883/2004/CE asimismo viene a reconocer la existencia del problema de la doble prorrata, aunque le da otra solución: la cobertura de los vacíos de cotización con una proyección actualizada de las cotizaciones españolas más cercanas en el tiempo a la migración. Ofrece esta fórmula de cálculo una mayor seguridad jurídica pero a la vez, por su novedad, plantea numerosos problemas, de los que se da cuenta en el estudio, aportando posibles soluciones interpretativas a la espera de lo que decidan los tribunales de justicia cuando tengan ocasión de conocer de los litigios que seguramente se plantearán. Uno de esos problemas es cómo interactúa la nueva regulación con los convenios especiales de conservación de derechos que suscriben los trabajadores migrantes a la vuelta de la migración, y ello ha sido objeto de otra cuestión prejudicial (Crespo Rey), asimismo favorable

a los derechos de los migrantes. Apostamos en las conclusiones de nuestro estudio por una interpretación de la normativa comunitaria vigente a la luz del Caso Salgado González que permita superar los perjuicios causados a los trabajadores migrantes, y garantizar efectivamente su libertad fundamental de circulación.

La metodología utilizada para examinar los problemas expuesto y alcanzar las conclusiones a que se hará mención se sustenta en la propia de las ciencias jurídicas: exégesis de las normas aplicables conforme a los criterios de interpretación literal, finalista, sistemático y de la realidad social, estudio de las sentencias judiciales y análisis de la doctrina científica.

Según las conclusiones de nuestro estudio, el cálculo de la base reguladora de las pensiones de los trabajadores migrantes españoles en otros Estados miembros de la Unión Europea, se ajustaría al siguiente esquema: (1) Se tomará la fecha del hecho causante como *dies a quo* desde el cual arranca hacia atrás el periodo temporal a considerar, en los mismos términos para los trabajadores migrantes que la normativa interna aplica para los trabajadores sedentarios. (2) Durante ese periodo temporal a considerar se tomarán como bases de cotización: si hay periodos cotizados en España, las bases españolas debidamente actualizadas conforme al índice de precios al consumo + las bases españolas debidamente actualizadas conforme al índice de precios al consumo más cercanas en el tiempo para los periodos de trabajo y/o residencia en otro país comunitario + las bases derivadas de la aplicación de la normativa interna sobre cobertura de lagunas, si esta resultase aplicable, para periodos no cotizados ni en España ni en otro país comunitario. (3) Calculada así la base reguladora, o cuantía teórica, y aplicada la pro rata temporis, la normativa comunitaria garantiza su revalorización periódica con arreglo al importe de las revalorizaciones calculadas cada año posterior para pensiones de la misma naturaleza –en los mismos términos, pues, que para los trabajadores sedentarios-. (4) No pretende este esquema resolver todos los posibles problemas, sino que es un esquema sencillo dirigido a la comprensión del esqueleto normativo según lo hemos interpretado a lo largo de nuestro estudio. A partir de aquí pueden surgir muchos problemas. El Caso Crespo Rey es demostrativo de cómo puede afectar a la cuestión la suscripción de un convenio especial, sin que, además, ese Caso agote todos los problemas que dichos convenios pueden plantear.

Palabras clave: Trabajadores migrantes en la Unión Europea; Seguridad Social; cálculo de la cuantía de pensiones de jubilación e incapacidad permanente.

ABSTRACT The European Union Law, in order to guarantee the fundamental freedom of movement of workers, establishes a series of rules for the calculation of Social Security benefits of migrant workers from a Member State in another Member State with the purpose of guaranteeing them the same rights they would have if they had not migrated, that is, if they had stayed in their country of origin. In the context of application of this community regulation, the question of the regulatory bases calculation of Spanish migrant workers pensions for retirement and permanent disability due to common illness is, due to its endless litigiousness, the key issue when it comes to Security Social status of Spanish migrant workers in the European Union. Initially, the European community regulation contained in the old Regulation 1408/71/EC was very harmful for migrants, since it obliged them to take exclusively the Spanish real contributions, normally very old in time, sometimes unknown in their exact amount, without taking into account a first moment its update. Given the difficulties of managing this regulation and to avoid serious damage to migrants, the Social Security organism began to apply the coverage of gaps with minimum bases regulated in our national regulations. This approach clashed with that of previous jurisprudence developed on the basis of bilateral agreements that allowed considering the highest wages earned in the EU country met with the maximum Spanish base. Faced with the thesis of minimum bases and the thesis of the maximum bases, arose, as a solution of equity, the thesis of the average bases, which the Spanish Supreme Court welcomed and sustained through thick and thin throughout the nineties decade. But the three preliminary rulings then lodged with the Court of Justice of the European Union (Lafuente Nieto, Naranjo Arjona and Grajera Rodríguez) forced to take the Spanish real contributions, although allowing their updating, and making possible the application of the most favorable bilateral agreements. However, all this approach to the issue did not adequately identify the existence of the problem known as “*double pro rata*”, since the *pro rata temporis* established in the Community rules to determine the percentage of the regulatory base charged to Spain was joined by the fact that, in the reference period to be considered for the calculation of Spanish pensions, there were Spanish contribution gaps arising from the periods worked abroad, which depressed the regulatory bases. The “*double pro rata*” problem was recognized in a new preliminary ruling (Salgado González) with a result, for the first time, favorable to migrant workers, allowing, to guarantee their fundamental freedom of movement, to adjust the divisor in the calculation formula of Spanish pensions with the consequent neutralization of the contribution gaps. And the current Regulation 883/2004/EC also recognizes the existence of the “*double pro rata*” problem, although it gives another solution: the coverage of the contribution gaps with an updated projection of the nearest Spanish contributions in time to the migration. This calculation formula offers greater legal certainty, but at the same time, due to its novelty, it raises numerous problems, which are reported in the study, providing possible interpretative solutions pending what the courts decide when they have the opportunity to know about the litigation that will surely arise. One of these problems is how the new regulation interacts with the special agreements for the conservation of rights subscribed by migrant workers after the return of migration, and this has been the subject of another question (Crespo Rey), also favorable to the rights of migrants. We rely on the conclusions of our study for an interpretation of the current community regulations in the light of the Salgado González Case that allows us to overcome the damage caused to migrant workers, and effectively guarantee their fundamental freedom of movement.

The methodology used to examine the problems presented and reach the conclusions to will be mentioned is based on the legal science itself: exegesis of the

applicable rules and regulations according to the criteria of literal interpretation, finalist, systematic and social reality, study of judicial sentences and analysis of scientific doctrine.

According to the conclusions of our study, the calculation of the regulatory base for the pensions of Spanish migrant workers in other Member States of the European Union, would conform to the following scheme: (1) The date of the causal event will be taken as a day from which the temporary period begins to be considered, in the same terms for migrant workers that the internal regulations apply to sedentary workers. (2) During that period of time to be considered, the following will be taken as contributions: if there are periods worked in Spain, the Spanish contributions duly updated according to the consumer price index + the Spanish bases duly updated according to the nearest consumer price index in time for periods of work and / or residence in another EU country + the bases derived from the application of the internal regulations on coverage of gaps, if applicable, for periods not worked in Spain or in another EU country. (3) Once the regulatory base, or theoretical amount, has been calculated and the *pro rata temporis* applied, the Community regulations guarantee its periodic revaluation according to the amount of the revaluations calculated each subsequent year for pensions of the same nature in the same terms for sedentary workers. (4) This scheme does not aim to solve all the possible problems, but it is a simple scheme aimed at understanding the normative skeleton as we have interpreted it throughout our study. From here, many problems can arise. The Crespo Rey case is demonstrative of how the signing of a special agreement may affect the issue, without, in addition, that case exhausting all the problems that such agreements may pose.

Keywords: Migrant workers in the European Union; Social Security; calculation of the amount of retirement pensions and permanent disability.

La coordinación de las normas antiacumulación nacionales en los Reglamentos Europeos de Seguridad Social: la exigencia de norma nacional expresa de efectos transfronterizos*

The coordination of national anti-accumulation regulations in the European Social Security Regulations: the requirement of a specific national rule with cross-border effects

RAFAEL A. LÓPEZ PARADA**

Dedicado a Marciano Cantero, trabajador migrante español en los años sesenta, que hubiera podido dar muchas lecciones a quienes hoy hablan de los emigrantes con total olvido de nuestra propia historia.

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTROL POR LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL PROCEDENTES DEL EXTRANJERO Y PERCIBIDAS POR RESIDENTES EN ESPAÑA.

El acceso por la Agencia Tributaria y por las entidades de la Seguridad Social, producido desde hace pocos años, a los datos de residentes en España perceptores de pensiones procedentes de otros Estados de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y de Suiza ha dado lugar a diferentes actuaciones administrativas y conflictos, mu-

chos de los cuales han terminado en los tribunales. Los conflictos más característicos han sido tres.

El primero de ellos ha sido el relativo a las declaraciones de las pensiones extranjeras a efectos del IRPF. Dejando aparte la regulación de la tributación de los no residentes por las rentas obtenidas en España (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004), la legislación española obliga a tributar en España a quienes residan en nuestro territorio más de 183 días en el año natural o a quienes tengan en España “el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta” (artículo 9 de la Ley 35/2006). La tributación de los residentes, así definidos, se produce por su renta mundial, esto es, por cualquier tipo de renta obtenida, independientemente de su

* Este artículo se cerró el 30-9-2018.

** Magistrado. Inspector de Trabajo y Seguridad Social excedente.

ubicación territorial. La norma afecta a los numerosos ciudadanos europeos que, tras acceder a la jubilación en sus Estados, han fijado su residencia en las costas españolas o permanecen en España más de los 183 días al año fijados en la Ley. Pero existe un numerosísimo colectivo de jubilados españoles que perciben pensiones procedentes de otros Estados de la UE como consecuencia de su trabajo en aquellos Estados durante la gran ola migratoria de españoles en los años sesenta y principios de los setenta. Ambos colectivos están obligados a tributar en España por sus ingresos íntegros, incluyendo sus pensiones extranjeras, si bien esas pensiones hasta hace unos años pasaban desapercibidas para la administración tributaria española.

La obligación tributaria impuesta por la Ley española ha de excepcionarse en el caso de que exista convenio con el Estado pagador de la pensión para evitar la doble imposición, en cuyo caso han de seguirse las prescripciones de dicho convenio. Esos convenios se han firmado con muchos Estados europeos, como pueden ser, Francia (BOE 12 de junio de 1997), Alemania (BOE 8 de abril de 1968, sustituido por convenio publicado en BOE de 30 de julio de 2012) o Suiza (BOE 3 de marzo de 1967, con modificaciones en BOE 27 de marzo de 2007 y 11 de junio de 2013). Estos convenios siguen generalmente la misma pauta: se sujetan a tributación en el Estado pagador las denominadas “pensiones públicas”, considerándose como tales las abonadas por entidades de derecho público a los funcionarios o trabajadores jubilados, causadas por el ejercicio de un empleo público, mientras que deben tributar en el Estado de residencia las pensiones privadas, esto es, las causadas por el trabajo en el sector privado, aunque sean abonadas por entidades de Derecho público. En algunos casos, como en el convenio hispano-alemán, se admite una doble imposición de forma limitada para las pensiones privadas. Siempre sería preciso analizar el correspondiente convenio.

Lo cierto es que en numerosísimos casos las pensiones abonadas por otros Estados a residentes en España (los más frecuentes Francia, Bélgica, Alemania, Holanda o Suiza) no se declaraban, puesto que no aparecían en las bases de datos de la Agencia Tributaria y

no se consignaban en los certificados de retenciones ni en los borradores de declaraciones. Cuando la situación cambió y esas pensiones comenzaron a figurar en las bases de datos tributarias, la AEAT requirió el pago de las anualidades no prescritas, produciéndose un conflicto con los colectivos de pensionistas afectados, que acabó en los tribunales contencioso-administrativos en varias ocasiones.

Para apaciguar el conflicto finalmente se incluyó en la Ley 26/2014 un periodo extraordinario de regularización, hasta el 30 junio de 2015, para que los beneficiarios que no hubieran declarado sus pensiones extranjeras pudieran hacerlo, presentando liquidaciones complementarias de los ejercicios 2010, 2011, 2012 y 2013, sin sufrir sanciones ni recargos. Desde ese momento esas pensiones deben incluirse en la declaración anual del IRPF en los términos, en su caso, del convenio bilateral, si existe.

La *segunda* tipología de conflictos ha sido la relativa al control de los requisitos de acceso a determinados beneficios y prestaciones en España. Dado que en muchos casos se establecen requisitos relativos a carencia de rentas o a carencia de derechos prestacionales, cuando la Administración ha encontrado que determinados beneficiarios disfrutaban de pensiones o prestaciones extranjeras ha pasado a denegar beneficios o prestaciones que anteriormente hubiera concedido. Un caso concreto es la negativa a reconocer el derecho a asistencia sanitaria de la Seguridad Social en condición de beneficiarios de su cónyuge a los titulares de pensiones de jubilación suizas, por dejar de cumplir el requisito establecido en el artículos 3.3.a y 2.1.a del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Al ser pensionistas del sistema suizo, se vino a considerar por el INSS que estaban equiparados a los pensionistas españoles y por ello no podían figurar como beneficiarios de sus cónyuges, sino que debían recibir la asistencia sanitaria en su condición de pensionistas suizos, para lo cual un convenio hispano-suizo de 1969 les obligaría a suscribir y pagar un convenio especial regulado específicamente en la Orden TAS/2865/2003 (disposición adicional tercera).

Finalmente la *tercera* tipología de conflictos ha consistido en el control por la entidades gestoras de la Seguridad Social española de la compatibilidad entre el disfrute de prestaciones españolas con el disfrute de prestaciones procedentes de los sistemas de Seguridad Social de otros Estados europeos. Dentro de esta tercera modalidad de conflictos ha tenido especial relevancia el relativo a la supresión, con exigencia de devolución de ingresos indebidos, del complemento del 20% de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente total de mayores de 55 años, que es incompatible con el desempeño del trabajo (artículo 6.4 del Decreto 1646/1972), habiendo extendido el Tribunal Supremo por vía interpretativa tal incompatibilidad al disfrute de una pensión de jubilación concurrente con la de incapacidad permanente (sentencias de 26 de enero de 2004, RCU 4433/2002 y 13 de abril de 2005, RCU 1785/2004). Partiendo de la incompatibilidad entre el complemento de la incapacidad permanente y la jubilación, el INSS vino a entender que tal incompatibilidad se extendía a los beneficiarios de pensiones de jubilación extranjeras, por lo que al recibir los datos de los pensionistas de la Unión Europea comenzó una campaña masiva de regularización que terminó en los tribunales en numerosos casos.

En los tres casos la Administración española ha actuado sin pararse a considerar las implicaciones de los reglamentos de la Unión Europea para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, esto es, de los Reglamentos CEE 1408/71 y 574/72, posteriormente sustituidos por los Reglamentos CE 883/2004 (reglamento de base) y 987/2009 (reglamento de aplicación).

Así en el caso de la tributación en el IRPF, el trabajador que ha emigrado y ha cotizado en España y en otro Estado, viene a percibir como consecuencia dos pensiones prorrateadas en lugar de una única pensión de la Seguridad Social española, que es lo que usualmente perciben los trabajadores que ha desarrollado toda su carrera laboral en España. En aplicación del artículo 96 de la Ley 35/2006, quedan exentos de presentar declaración quienes obtengan exclusivamente rentas de trabajo, sumadas a ingresos del capital mobiliario (cartillas o cuentas corrientes usualmente) o ganancias patrimoniales,

siempre que las primeras no excedan de un determinado límite y los segundos no sobrepasen los 1600 euros anuales. El problema se suscita porque el límite cuantitativo de las rentas del trabajo que exime de la obligación de presentar la declaración del IRPF no es el mismo para quienes perciban todas ellas de un único pagador (límite de 22.000 euros en el año 2018) y quienes las perciban de dos o más pagadores (límite de 14.000 euros en el año 2018). De esta manera los trabajadores que emigraron a otro(s) Estado(s) y ahora perciben dos pensiones prorrateadas tienen la obligación de declarar cuando sus pensiones sumadas (la española y las extranjeras) excedan de 14.000 euros, mientras que quienes no emigraron y perciben una única pensión deben presentar su declaración únicamente si excede de 22.000 euros. Una diferencia de este tipo parece contraria al artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que rotundamente asegura la libre circulación de los trabajadores dentro de la UE. De acuerdo con una reiterada jurisprudencia del TJUE, en la que no voy a detenerme aquí, ello implica la prohibición de cualquier norma que pueda perjudicar al trabajador que ejerce su derecho a la libre circulación en relación con la situación en que quedaría de haber permanecido dentro del mismo Estado. Obviamente la diferencia de trato resultante de la regulación tributaria descrita perjudica seriamente al trabajador que ejerció su derecho a la libre circulación, lo que cuestiona la compatibilidad de dicha regulación española con el Derecho de la Unión. No obstante esta situación se podría solucionar por vía interpretativa, sin necesidad de acudir al TJUE en vía prejudicial, si se considera que las pensiones concurrentes, española y extranjeras, deben ser tomadas como una única pensión de un único pagador a efectos de la obligación de declarar.

De igual forma, en el caso del acceso a la asistencia sanitaria pública en España, las entidades gestoras han obviado tomar en consideración la aplicación de los Reglamentos europeos de coordinación de Seguridad Social (aplicables con especialidades a Suiza en virtud de un tratado con la Comunidad Europea), que expresamente garantizan el derecho a prestaciones sanitarias en especie de los pensionistas cuando residan fuera del te-

ritorio del Estado competente que les abona la pensión. Esas prestaciones deben ser suministradas por el Estado de residencia, con un sistema de compensación económica a cargo del Estado competente que paga la pensión. El resultado es que en la mayor parte de los casos detectados por el INSS la percepción de la pensión suiza no tiene como consecuencia la privación al beneficiario de su derecho a la asistencia sanitaria, como incorrectamente ha pretendido, sino la posibilidad de exigencia de su coste teórico (según el sistema de cálculo fijado en los Reglamentos) al Estado competente pagador de la pensión. Para ilustrar los detalles del caso, en los que no me voy a detener, se puede leer a título de ejemplo, entre muchas otras de igual contenido del mismo órgano judicial, la sentencia de la Sala de lo Social de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 15 de mayo de 2018 (recurso 589/2018).

Finalmente, en el supuesto de la incompatibilidad del complemento del 20% de la incapacidad permanente total cualificada (mayores de 55 años), la Administración se situó totalmente al margen de los Reglamentos de Seguridad Social, como finalmente han venido a establecer la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo de 2018 en el asunto Blanco Marqués, C-431/16 y la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 2018 (RCUD 4102/2016).

Lo que se plantea, tanto en el caso de la asistencia sanitaria de pensionistas de la Seguridad Social suiza como en el caso del 20% de la incapacidad permanente total cualificada, cuando entra en escena el aspecto comunitario europeo, es la aplicación de las normas de los Reglamentos de Seguridad Social que tienen por objeto la coordinación de las normas antiacumulación del Derecho interno del Estado.

2. NORMAS ANTIACUMULACIÓN EN LOS REGLAMENTOS EUROPEOS DE COORDINACIÓN

A continuación, hemos de preguntarnos qué son las normas antiacumulación origen del problema.

A mi juicio hemos de separar dos tipos de normas:

- a) Las normas antiacumulación incluidas en los Reglamentos europeos, que ahora veremos;
- b) Las normas antiacumulación recogidas en las legislaciones nacionales de Seguridad Social, cuyo contenido es muy diverso en los diferentes Estados.

A su vez las normas antiacumulación incluidas en los Reglamentos son de dos tipos:

- a) Las normas destinadas a evitar la duplicidad indebida de prestaciones originada por la aplicación de los propios Reglamentos.
- b) Las normas destinadas a coordinar la aplicación de las normas nacionales antiacumulación en los supuestos transfronterizos.

2.1. Normas antiacumulación de los Reglamentos europeos de Seguridad Social destinadas a evitar duplicidad indebida de prestaciones por la aplicación de los mismos

Comenzando por las primeras, esto es, las normas de los Reglamentos destinadas a evitar duplicidades indebidas originadas por los propios Reglamentos, el principio general es el que hoy se recoge en el artículo 10 del Reglamento UE 883/2004 bajo el título de “no acumulación de prestaciones”:

- “Salvo disposición en contrario, el presente Reglamento no podrá conferir ni mantener el derecho a disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo periodo de seguro obligatorio”.

El texto de los Reglamentos anteriores era semejante. Así el Reglamento 3, de 1958, en su artículo 11.1, decía:

“Salvo por lo que se refiere al seguro de vejez y muerte (pensiones), por una parte, y al seguro de invalidez cuando éste da lugar al reparto de la carga entre las instituciones de dos o varios Estados miembros,

por otra parte, las disposiciones del presente Reglamento no pueden conferir ni mantener el derecho a disfrutar, en virtud de las legislaciones de los Estados miembros, de varias prestaciones de la misma naturaleza o de varias prestaciones que se refieran a un periodo de seguro o periodo asimilado”.

Por su parte el Reglamento 1408/71 en su artículo 12.1 decía:

“El presente Reglamento no podrá conferir ni mantener el derecho a beneficiarse de varias prestaciones de la misma naturaleza que se relacionen con un mismo período de seguro obligatorio. No obstante, esta disposición no se aplicará a las prestaciones de invalidez, de vejez, de muerte (pensiones), o de enfermedad profesional, que sean liquidadas por las instituciones de dos o varios Estados miembros, con arreglo a las disposiciones del artículo 41, de los apartados 2 y 3 del artículo 43, de los artículos 46, 50 y 51 o de la letra b) del apartado 1 del artículo 60”.

Como vemos la norma ha permanecido sustancialmente igual desde 1958 hasta nuestros días. Los principios que establece son los siguientes:

- a) Las personas deben estar sujetas a la legislación de un único Estado miembro en cada momento por razón de su actividad (artículos 13.1 del Reglamento 1408/71 y 11.1 del Reglamento 883/2004).
- b) Esta legislación es la que resulta de la aplicación de las normas del propio Reglamento de coordinación, que opera en este punto como una norma de Derecho Internacional Privado, esto es, de determinación de la legislación aplicable tomando como referencia unos concretos puntos de conexión.
- c) A efectos del reconocimiento de una prestación, el Reglamento también fija los puntos de conexión que deben tenerse en cuenta para establecer la institución competente y la legislación aplicable al derecho prestacional (la de esa institución). Normalmente esa institución ha de hacer-

se cargo del reconocimiento y pago de la prestación, totalizando (a efectos de reunir los requisitos de carencia y del propio cálculo de la prestación) todos los periodos de seguro y cotización cubiertos sucesivamente bajo la legislación de los diferentes Estados miembros a los que el trabajador ha estado sometido anteriormente.

- d) En ese contexto, dado que las cotizaciones se totalizan, no se admite que se pueda obtener una prestación en un Estado miembro aplicando los Reglamentos y a ella se acumulen otras prestaciones en otros Estados miembros aprovechando que en ellos se reúnen las cotizaciones suficientes sin necesidad de acudir a los Reglamentos, si para ello hay que volver a tomar en consideración los mismos periodos de seguro que ya se computaron para la totalización. Esto es lo que quiere decir la norma antiacumulación de los sucesivos Reglamentos cuando establece que un mismo periodo de seguro solamente puede tomarse en consideración para generar derechos con arreglo a una única legislación, pero con una importante precisión que resulta textualmente de los Reglamentos: esta norma solamente es relevante cuando se trata de aplicar los Reglamentos para generar el derecho a alguna prestación. Si un trabajador puede generar diversas prestaciones en diversos Estados sin necesidad de acudir a los Reglamentos de coordinación, entonces la norma antiacumulación prevista en los mismos no se aplica y hemos de estar a lo que dispongan cada una de las legislaciones nacionales afectadas.
- e) Esa limitación solamente es aplicable si las prestaciones son de la misma naturaleza (por ejemplo, para causar dos prestaciones por desempleo), pero no si son de naturaleza diferente, puesto que ni siquiera dentro del mismo sistema de Seguridad Social nacional se impone la prohibición de computar dos veces el mismo periodo de seguro para generar dos prestaciones de diferente naturaleza. Pensemos, por ejemplo, que en España los años de cotización tomados en consideración para generar una prestación de desempleo o una incapacidad temporal no impiden volver a tomar los mismos periodos de cotización

para generar años después una incapacidad permanente. No había ningún motivo para que el sistema en el ámbito de los Reglamentos europeos se adoptase una solución diferente.

- f) Esta norma antiacumulación tiene una importante excepción en el caso de las prestaciones de vejez, muerte (pensiones) e invalidez, puesto que el cálculo de las mismas no solamente se basa en la totalización, sino también en el prorrateo. Después de totalizar los periodos de seguro para acceder y/o calcular la pensión el Reglamento dice que el Estado miembro no debe pagar una pensión completa, sino solamente la parte proporcional correspondiente a los periodos cubiertos bajo su legislación (prorrata). Va de suyo que, si la pensión del Estado se prorratea, es porque el trabajador puede obtener otra prestación en otro Estado miembro compatible con la primera, hasta agotar sus derechos prestacionales en todos los Estados miembros donde haya prestado servicios (salvo cuando el periodo de seguro en un Estado sea inferior a un año). En ese caso el trabajador acumulará diversas prestaciones por la misma contingencia y por los mismos periodos de seguro totalizados, pero ello no supone una acumulación indebida de prestaciones precisamente porque cada una de las pensiones se percibe a prorrata. Por eso todos los sucesivos Reglamentos, como hemos visto, contemplan esta excepción, si bien definida textualmente de forma distinta. Mientras que los Reglamentos 3 de 1958 y 1408/71 definían concretamente en sus artículos 11.1 y 12.1 respectivamente los supuestos excepcionados, el Reglamento 883/2004 prefiere adoptar una dicción más abierta en su artículo 10, para evitar la complejidad que presentaba ya la redacción del Reglamento 1408/71.
- g) Evidentemente la aplicación concreta de esta regulación en el marco de un conjunto de sistemas de Seguridad Social complejos y con contenidos y regulaciones muy diferentes va a estar llena de problemas, pero en el orden de los principios resulta relativamente clara, como lo demuestra que el texto de la norma no haya cambiado sustancialmente desde 1958. Donde aparecen

más problemas en cuanto a la definición de los principios aplicables es en la segunda parte, esto es, en las disposiciones de los Reglamentos para la coordinación de las normas antiacumulación de las diferentes legislaciones nacionales.

2.2. Disposiciones de los Reglamentos para la coordinación de las normas antiacumulación de las diferentes legislaciones nacionales de Seguridad Social

Vamos a prescindir por el momento del Reglamento 883/2004, porque no se han producido todavía pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre la coordinación de normas antiacumulación en aplicación del mismo. Limitémonos ahora a observar que el artículo 10 del Reglamento 883/2004 solamente tiene un número, donde se establece la norma antiacumulación interna del propio Reglamento antes vista, pero ya no tiene los párrafos subsiguientes que tenían los artículos 11 del Reglamento 3 de 1958 y 12 del Reglamento 1408/71 (reformado en 1992). Eso no significa que hayan desaparecido las disposiciones de coordinación de las normas nacionales antiacumulación y sobre ello volveremos al final de este trabajo.

Podría pensarse que no tiene utilidad un estudio dedicado a la regulación de las normas antiacumulación del Reglamento 1408/71, pero no es así. El estudio tiene plena vigencia debido al pronunciamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia de 15 de marzo de 2018, Blanco Marqués, C-431/16. En dicha sentencia se fija como criterio jurisprudencial que la norma antiacumulación aplicable a una prestación es la que estuviera vigente en el momento de la causación de la misma. Por tanto, una prestación causada antes de la entrada en vigor del Reglamento 883/2004, bajo la vigencia del Reglamento 1408/71, sigue rigiéndose por las normas antiacumulación de este último Reglamento. Esta solución no parece coincidir con la voluntad expresada por el legislador europeo en el artículo 87 del Reglamento 883/2004, especialmente sus números 5 y 9 (sobre esta cuestión y en general sobre el contenido de la sentencia Blanco Marqués me remito a mi artículo “Análisis de urgencia de la sentencia de 15 de marzo de 2017 del Tri-

bunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-431/16, Blanco Marqués”, publicado en el número 5 de 2018 de la revista electrónica “Ciudad del Trabajo. Actualidad iuslaboralista”, de la Editorial Bomarzo, accesible en la web de esta editorial). Lo cierto es que, en base al pronunciamiento del TJUE en su sentencia Blanco Marqués, todas las prestaciones de Seguridad Social causadas antes del 1 de mayo de 2010 se rigen por el Reglamento 1408/71 en cuanto a las disposiciones de coordinación de las normas antiacumulación nacionales, salvo quizá por los efectos favorables para el trabajador migrante que pudiera tener el Reglamento 883/2004.

De ahí la importancia práctica y vigencia que mantiene en este aspecto el Reglamento 1408/71 y su jurisprudencia de interpretación. Al final de este trabajo, una vez explicado el panorama de la coordinación de normas nacionales antiacumulación resultante del Reglamento 1408/71 iremos hasta el Reglamento 883/2004 para comprobar los cambios que introduce.

Comenzando con el Reglamento 3 de 1958, su artículo 11.1 decía:

“Las cláusulas de reducción o de suspensión previstas por la legislación de un Estado miembro, para el caso de acumulación de una prestación con otras prestaciones de Seguridad Social o con otros ingresos, o por el ejercicio de un empleo, pueden oponerse al beneficiario incluso si se trata de prestaciones adquiridas bajo el sistema de otro Estado miembro o si se trata de ingresos obtenidos, o de un empleo ejercido, en el territorio de otro Estado miembro. No obstante esta norma no es aplicable en el caso de prestaciones de la misma naturaleza adquiridas conforme a los artículos 26 y 28 del presente Reglamento”.

Esta norma se sustituyó posteriormente por los números 2 y 3 del Reglamento 1408/71, que en su versión original decían:

“2. Las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión previstas por la legislación de un Estado miembro en caso de acumulación de una prestación con otras prestaciones de Seguridad Social o con

otros ingresos afectarán al beneficiario, incluso cuando se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro o de ingresos obtenidos en el territorio de otro Estado miembro. No obstante, esta norma no se aplicará cuando el interesado se beneficie de prestaciones de la misma naturaleza de invalidez, de vejez, de muerte (pensiones) o de enfermedad profesional que sean liquidadas por las instituciones de dos o varios Estados miembros, con arreglo a las disposiciones de los artículos 46, 50 y 51 o de la letra b) del apartado 1 del artículo 60.

3. Las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión previstas por la legislación de un Estado miembro en el caso en que el beneficiario de prestaciones de invalidez o de prestaciones anticipadas de vejez ejerza una actividad profesional, le afectarán aunque ejerza su actividad profesional en el territorio de otro Estado miembro.”

Fijémonos en que en este caso los Reglamentos no crean una norma antiacumulación, sino que su finalidad es coordinar la aplicación de las normas antiacumulación contempladas en las legislaciones nacionales en base a un principio de extraterritorialidad (aunque limitado al territorio de la UE, EEE y Suiza). De esta manera si, por ejemplo, la legislación española establece que el disfrute de la prestación de desempleo es incompatible con el trabajo por cuenta ajena, lo que establecen los Reglamentos es que esa incompatibilidad se aplicará incluso si el trabajo en cuestión se desempeña en el territorio de otro Estado miembro que no sea España. Si la legislación danesa, por ejemplo (este es un caso ficticio, puesto que desconozco la legislación danesa), establece la incompatibilidad de una prestación familiar con el disfrute de una pensión de supervivencia, se producirá la pérdida de la prestación familiar no solamente si el interesado disfruta de una pensión de supervivencia danesa, sino en el caso de que disfrute una pensión de supervivencia de cualquier otro Estado miembro.

Ni el Reglamento 3 ni el 1408/71 establecen con carácter general la aplicación de la norma antiacumulación por razón de una

actividad profesional en otro Estado miembro, sino por razón de la obtención en otros Estados miembros de prestaciones de Seguridad Social *o de ingresos de cualquier tipo*, lo cual resulta mucho más amplio, pero a la vez restringe la posible aplicación a supuestos de actividades desempeñadas en el extranjero de carácter no lucrativo (sin ingresos). Solamente en el caso de las prestaciones de invalidez o las anticipadas de vejez el número 3 del artículo 12 del Reglamento 1408/71 hacen referencia a la incompatibilidad con una “actividad profesional” y no con ingresos, si bien es probable que el término “actividad profesional” exija su carácter lucrativo.

Como ocurría en el marco del artículo 12.1, también en el marco del artículo 12.2 se exceptiona de la aplicación de las normas antiacumulación el supuesto de prestaciones calculadas mediante totalización y prorrateo, porque iría contra la propia lógica del prorrateo. Si un trabajador obtiene una pensión de jubilación de la Seguridad Social alemana y otra de la Seguridad Social española, aplicando en ambos casos los Reglamentos mediante los principios de totalización y prorrateo, esos Reglamentos imponen la compatibilidad de las mismas, aunque en la legislación de cualquiera de los Estados existan normas que impongan la incompatibilidad entre dos pensiones de jubilación. Esa norma nacional será inaplicable a las pensiones prorrateadas. *Es más, aunque la pensión causada en uno de los Estados se haya obtenido sin totalización ni prorrateo, esto es, tomando en consideración únicamente los periodos de seguro cubiertos en ese Estado, la norma de coordinación nos dice que esa pensión es compatible con las causadas en otros Estados, en virtud de los Reglamentos comunitarios, mediante totalización y prorrateo.* Las normas nacionales antiacumulación de los diferentes Estados implicados devienen en tal caso inaplicables.

Ahora bien, el legislador comunitario pensó, con toda lógica, que había que matizar esta excepción que convierte en inaplicables en estos supuestos las normas antiacumulación nacionales, atendiendo a la finalidad de los Reglamentos. Un sistema que se basa en la exportación de derechos en curso de adquisición, mediante la totalización de cotizaciones, pero combinándolo con la posterior reducción

de la pensión de forma proporcional al periodo de seguro cubierto bajo la legislación del Estado competente, implica necesariamente una duplicidad o multiplicidad de pensiones por la misma contingencia, para que entre todas ellas cubran la contingencia. Este sistema de prorrateo se aplica en el Reglamento a las pensiones de vejez y de supervivencia, así como a las de invalidez cuyo importe depende del tiempo de cotización, esto es, a las pensiones que responden a una cierta lógica de ahorro o contributividad, de manera que la cuantía de la pensión depende de lo cotizado a lo largo de los años. Aclaro que utilizo el término “contributividad” en lugar de “capitalización”. Capitalización hace referencia a la constitución de un capital que retornará al ahorrador junto con sus intereses en forma de pensión. La contributividad se aplica en los sistemas de reparto y, aunque a menudo se presenta envuelta en el discurso de la capitalización, solamente es una forma de justificar ideológicamente el endurecimiento de los requisitos de cotización para acceder a las prestaciones. Por ello la contributividad incluso puede operar en sentido inverso a la capitalización. Pensemos por ejemplo que la introducción o el alargamiento de los periodos de carencia (general o específica), que se suelen presentar como medidas para reforzar la contributividad, son contrarios a lo que se haría en un sistema de capitalización, porque implica que muchas personas que han cotizado, a veces durante muchos años, no van a obtener retorno alguno por no alcanzar los requisitos de carencia, problema especialmente agudo en relación con los requisitos de carencia específica, que tienen sentido en un sistema de reparto, pero no en uno de capitalización.

Volviendo a nuestro tema: En el caso de estas prestaciones de vejez, supervivencia e invalidez basadas en la contributividad, la idea es que, en caso de trabajadores migrantes que han dividido sus cotizaciones entre diversos sistemas de Seguridad Social a lo largo de su vida laboral, todos aquellos sistemas de Seguridad Social que recibieron las cotizaciones deben contribuir proporcionalmente a la cobertura de la contingencia mediante la suma de pensiones prorrateadas de cada uno de ellos. Aclaro también, porque esta es una confusión frecuente, que no se trata de que el trabajador genere una única pensión que

se divida entre los diversos Estados, sino que genera varias pensiones distintas en los diferentes Estados, cada una de ellas calculada con arreglo a sus normas y con su propio régimen jurídico. En cada Estado podrá aplicarse, si resulta más beneficioso, el sistema de totalización y prorrateo para calcular su propia pensión, o bien calcular la pensión propia con arreglo a las cotizaciones realizada en ese Estado, sin aplicación de los Reglamentos.

Es obvio que no se puede admitir la aplicación de normas antiacumulación para impedir que en estos casos el trabajador sea beneficiario, por ejemplo, de varias pensiones de jubilación, porque esa multiplicidad de pensiones es, precisamente, el efecto querido por los Reglamentos de coordinación. Pero otra cosa distinta es que bajo la cobertura de dicho precepto se deje de aplicar, por ejemplo, una norma antiacumulación nacional que prohíbe compatibilizar jubilación y desempleo. En tal supuesto ya no estamos ante un problema de prestaciones vinculadas estrechamente al principio de contributividad y distribución del coste de las mismas, como ocurre con la jubilación, sino de pura y simple incompatibilidad, sin que haya motivo para impedir la aplicación de la norma antiacumulación. Es por ello que tanto el artículo 11.1 del Reglamento 3 de 1958 como el artículo 12.2 del Reglamento de 1971 precisaron que la excepción que permite no aplicar las normas nacionales antiacumulación se refiere a las “prestaciones de la misma naturaleza” (por ejemplo, dos pensiones de jubilación contributiva), pero que no cabía aplicar tal excepción si las prestaciones son de diferente naturaleza (por ejemplo, una de jubilación y otra de desempleo).

Un criterio así es fácil de enunciar, pero mucho más dificultoso de aplicar, porque dentro de cada sistema de Seguridad Social la “naturaleza” de las diferentes prestaciones en muchos casos es ambigua. Tomemos algunos ejemplos del Derecho español. Así, en el caso del complemento del 20% de la base reguladora de la incapacidad permanente total que se abona a los beneficiarios de 55 ó más años por la dificultad para encontrar nuevo empleo, ¿estamos propiamente ante una prestación de invalidez o de desempleo? ¿Qué ocurre con el subsidio de desempleo para mayores de 55 años, destinado a enlazar con la jubilación y

utilizado masivamente como forma de “prejubilación”. ¿Es una prestación de jubilación o de desempleo? Si las ambigüedades sobre la naturaleza de una prestación abundan dentro de un mismo sistema de Seguridad Social, la situación se complica extremadamente cuando tenemos que coordinar diversos sistemas nacionales dentro de la Unión Europea.

Pero además existe otro problema adicional por lo que se refiere a las prestaciones vinculadas estrechamente al principio de contributividad, sujetas a los principios de totalización y prorrateo. En un sistema de capitalización como un plan de pensiones, donde se cubren contingencias típicas como invalidez, vejez y supervivencia, existe un fondo único (derechos consolidados) que retornará al beneficiario o a sus causahabientes con sus intereses, en forma de capital o de renta, sea cuál sea la contingencia que se produzca. Esto es, existe una intercomunicación entre las diferentes contingencias a la hora de generar una pensión. Se ahorra para cubrir el conjunto de las contingencias y se recuperan los derechos consolidados con la primera de las contingencias que se produzca (en el caso de prestación en forma de capital) o mediante una renta basada en los mismos, la cual se mantendrá, aunque se pase de la invalidez a la jubilación o de la jubilación a la supervivencia, siempre dentro de los términos contractuales del plan de pensiones. De forma análoga debe operar en el caso de prestaciones basadas en el principio de contributividad. Si por el contrario entendiésemos que las prestaciones por cada una de esas contingencias no son de la misma naturaleza, el efecto sería devastador: La norma antiacumulación no se aplicaría cuando el trabajador estuviera disfrutando de dos pensiones de invalidez permanente (con cuantía dependiente del tiempo de seguro), siendo una de ellas al menos generada en aplicación de los Reglamentos. Pero si una pasara a convertirse, como prevén muchos ordenamientos nacionales, en pensión de jubilación al alcanzar una cierta edad, de repente tendríamos ya dos prestaciones de naturaleza distinta a las que sí serían aplicables las normas antiacumulación. Por ello la cuestión de la identidad de naturaleza resulta clave para aplicar o no la excepción que preveía el artículo 11.2 del Reglamento 3 de 1958, que pasó al 12.2 del Reglamento 1408/71 en su versión inicial.

La cuestión no era fácil en absoluto, y la necesidad de clarificarla llevó a la reforma del Reglamento 1408/71 por el Reglamento 1248/92, de 30 de abril de 1992, que entró en vigor el 1 de junio de 1992. El objeto de aquella reforma era aclarar el régimen de coordinación de las normas nacionales de antiacumulación aplicable en el caso de prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia calculadas mediante totalización y prorrateo. Y para ello se introdujeron prescripciones mucho más concretas y precisas.

Lo que se hizo con aquella reforma de 1992 fue suprimir en el texto del número dos la remisión expresa a los artículos sobre el cálculo de pensiones de vejez, supervivencia e invalidez, para sustituir por una mención genérica a la excepción redactada de la siguiente manera: “salvo en los casos en que el presente Reglamento disponga otra cosa”. Simultáneamente se adicionaron tres nuevos artículos en el Reglamento: los números 46 *bis*, 46 *ter* y 46 *quater*, para regular expresamente las excepciones al artículo 12.2 en relación con las prestaciones de invalidez, vejez o supervivencia, distinguiendo de forma clara entre los supuestos de prestaciones de la misma naturaleza de los supuestos de prestaciones de distinta naturaleza.

Para aclarar la cuestión de la naturaleza, el artículo 46 bis comenzaba proclamando en sus números uno y dos:

“1. A efectos del presente capítulo, se entenderá por acumulación de prestaciones de la misma naturaleza toda acumulación de prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia calculadas o abonadas sobre la base de los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos por una misma persona.

2. A efectos del presente capítulo, se entenderá por acumulación de prestaciones de naturaleza distinta toda acumulación de prestaciones que, con arreglo al apartado 1, no puedan considerarse de la misma naturaleza”.

Como señalaba la exposición de motivos del Reglamento 1248/92, dicha disposición no hacía sino recoger la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En concreto la equiparación de naturaleza entre invalidez y jubilación se había declarado en la sentencia de 15 de octubre de

1980, D’Amico, C-4/80, mientras que la equiparación de la naturaleza de las pensiones de vejez y supervivencia se había producido en la sentencia de 5 de mayo de 1983, van der Bunt-Craig, C-238/81.

Una vez resuelto este problema, el nuevo artículo 46 bis introdujo en su número tercero unas normas generales sobre acumulación de prestaciones de vejez, invalidez y supervivencia con otras de la misma o distinta naturaleza. Esas normas son aplicables con independencia de que las prestaciones sean de la misma o distinta naturaleza. Los cuatro principios, todos ellos de gran importancia en la materia, son:

- a) *“Exigencia de norma antiacumulación nacional expresa que contemple los supuestos transfronterizos: sólo se considerarán las prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de otros ingresos obtenidos en otro Estado miembro si la legislación del primer Estado miembro establece el cómputo de las prestaciones o los ingresos obtenidos en el extranjero;*
- b) *Aplicación de importes brutos: se tomará en consideración el importe de las prestaciones que ha de abonar otro Estado miembro antes de la deducción del impuesto, de las cotizaciones de la seguridad social y otras retenciones individuales;*
- c) *Exclusión de las prestaciones derivadas de sistemas complementarios de naturaleza voluntaria: no se tomará en consideración el importe de las prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro y que se hayan abonado sobre la base de un seguro voluntario o facultativo continuado;*
- d) *Límite cuantitativo a las reducciones aplicables: la aplicación de cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión a las prestaciones de invalidez, vejez y/o supervivencia por concurrencia con otras prestaciones o ingresos en otro Estado de la UE/EEE/Suiza no puede dar lugar a un descuento de cuantía superior a las prestaciones o ingresos percibidos en ese otro Estado.*

Como he dicho, estos cuatro principios son comunes para resolver los supuestos de acumulación de las prestaciones de invalidez, vejez y/o supervivencia con otras prestaciones, de la misma o distinta naturaleza. A partir de ese punto el Reglamento 1408/71 dedica un artículo (el 46 ter) a la acumulación de prestaciones de invalidez, vejez y/o supervivencia de la misma naturaleza y otro distinto (el 46 quáter) a la acumulación de prestaciones de invalidez, vejez y/o supervivencia con otras de distinta naturaleza.

En el caso de concurrencia de unas prestaciones de invalidez, supervivencia o vejez con otras prestaciones de distinta naturaleza percibidas en otro Estado, el principio general es que son aplicables las normas antiacumulación previstas en la legislación del primer Estado.

Por el contrario, en el caso de concurrencia de unas prestaciones de invalidez, supervivencia o vejez con otras prestaciones de la misma naturaleza percibidas en otro Estado, el principio general es que no se aplica ninguna norma antiacumulación que pueda estar contemplada en la legislación nacional. Sin embargo, aun concurrendo con prestaciones de la misma naturaleza, las normas antiacumulación sí resultan aplicables, no operando la excepción, a las prestaciones de invalidez cuyo importe sea independiente de la duración de los periodos de seguro o aquellas cuyo importe se calcula en función de un periodo ficticio posterior al hecho causante. La aplicación de estos criterios a las prestaciones nacionales de invalidez para determinar si están incluidas o no en la excepción puede ser compleja y por ello, para delimitar las prestaciones que quedan fuera de la excepción y a las que, por ello, se le aplican las normas antiacumulación, el Reglamento se remite a la parte D del anexo IV.

En estos supuestos la presencia o no de la correspondiente prestación en el listado es determinante, aunque no cabría descartar que pudiera existir alguna contradicción entre los principios generales sentados en los artículos y los anexos, ya que éstos, aunque forman parte del mismo Reglamento, tienen un contenido en cuya fijación es esencial la propuesta de los Estados afectados. Tales contradicciones internas dentro de la norma serían jurídicamente problemáticas, lo que conviene dejar

apuntado para el futuro, si bien hasta ahora o bien se han resuelto por vía interpretativa, dado que la inclusión en el listado es el último requisito que permite aplicar la norma antiacumulación nacional, pero cuyo cumplimiento no exime de los requisitos anteriores impuestos en las normas generales del Reglamento, como puede ser la exigencia de norma nacional expresa de efectos transfronterizos.

En *conclusión*, en lo relativo a las previsiones de los Reglamentos comunitarios en materia de coordinación de normas nacionales antiacumulación, podemos decir que las previsiones de esas normas se extienden como principio general a los supuestos transfronterizos, tanto si se trata de prestaciones como de ingresos recibidos en otro Estado miembro. La excepción son las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, que cuando concurren con otras prestaciones de la misma naturaleza quedan fuera de las normas antiacumulación nacionales. Sin embargo esas normas sí se aplican a determinadas prestaciones de invalidez en la medida en que figuren enumeradas en un anexo del Reglamento y cumplan ciertos requisitos. En los casos en que se apliquen normas antiacumulación nacionales a prestaciones de vejez, invalidez y supervivencia, bien porque se trate de prestaciones de invalidez del listado, bien porque concurren con prestaciones de diferente naturaleza, hemos de respetar una serie de principios: la norma antiacumulación nacional tiene que prever expresamente su aplicación a supuestos transfronterizos, se toman importes brutos, no se aplica a mejoras voluntarias y el resultado tiene como límite la reducción de la prestación de invalidez, muerte o supervivencia como máximo en el importe de la prestación o ingresos obtenidos en el otro Estado miembro.

Finalmente, y antes de proseguir me parece importante introducir dos recordatorios:

El ámbito de aplicación de los Reglamentos europeos de Sistema de Seguridad Social es más amplio que el sistema de Seguridad Social español y comprende prestaciones ajenas al mismo

Los Reglamentos de coordinación se aplican a todo su ámbito material, esto es, todas las legislaciones nacionales que regulen

prestaciones obligatorias y no discrecionales en cualquiera de las ramas y contingencias definidas en el artículo 3 del Reglamento 883/2004. En el caso español existen prestaciones de esta índole reguladas por normas ajenas al sistema de Seguridad Social, no solamente los regímenes de clases pasivas y especiales de funcionarios, sino también las prestaciones de dependencia e incluso un conjunto de prestaciones creadas por el Estado, Comunidades Autónomas o incluso administraciones locales que pueden ser vinculadas a las ramas de seguro definidas en el citado artículo 3 del Reglamento 883/2004.

El concepto de cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión de los Reglamentos europeos de Seguridad Social es más amplio que la regulación de incompatibilidades de prestaciones de Seguridad Social en el Derecho español

Desde el punto de vista de los Reglamentos de coordinación de Seguridad Social el concepto de “cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión” es más amplio que el concepto de norma de incompatibilidades en el Derecho español. La idea que manejamos en España de lo que es una norma de incompatibilidad es que se trata de una prohibición de concurrencia de un trabajo o de una prestación con otra prestación ya causada. Sin embargo en el Derecho de la Unión el concepto es más amplio, porque incluye también todos aquellos requisitos cuyo incumplimiento impide el nacimiento de la propia prestación, o bien afecta negativamente a su cuantía, duración o características, siempre que tomen en consideración la concurrencia de un trabajo o de otra prestación.

La jurisprudencia del TJUE nos dice que una norma nacional debe ser calificada de cláusula de reducción si tiene como efecto impedir el nacimiento de la prestación o reducir el importe de la prestación tomando en consideración el disfrute de otra prestación o de un trabajo. La jurisprudencia europea ha precisado que el hecho de calificar las cláusulas de reducción nacionales de cláusulas para el cálculo o de reglas de prueba no supone que puedan eludir las condiciones y los límites de aplicación impuestos por los Reglamentos de coordinación de Seguridad Social (sentencias

de 7 de marzo de 2002, Insalaca, C-107/00, apartado 16; 7 de marzo de 2013, van den Booren, C-127/11, apartado 28; y sentencia de 15 de marzo de 2018, Blanco Marqués, C-431/16, apartado 35).

Es importante esta precisión, porque la regulación comunitaria de la no acumulación tiene mayor alcance que las normas de incompatibilidades, stricto sensu, del Derecho español. Pensemos por ejemplo en el artículo 275 de la Ley General de la Seguridad Social, cuando establece como requisito para el acceso al subsidio de desempleo la carencia de “rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”. Estamos ante una previsión legal a la que pudieran ser de aplicación, en cuanto norma antiacumulación, las prescripciones al respecto de los Reglamentos de coordinación si las rentas se obtienen en otro Estado de la UE.

3. LA RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS ANTIACUMULACIÓN DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN Y LAS NORMAS ANTIACUMULACIÓN DE DERECHO INTERNO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La cuestión que ahora me interesa es la exigencia de una norma antiacumulación nacional expresa que contemple los supuestos transfronterizos. Esa exigencia se contiene expresamente en el artículo 46 bis, número tres, del Reglamento 1408/71 y hoy también en el artículo 53.3.a del Reglamento 883/2004. Por tanto para aplicar la norma antiacumulación de Derecho interno de un Estado miembro a una prestación de invalidez, vejez o supervivencia, no basta con que ésta concorra con otra de distinta naturaleza (o, si se trata de pensión de invalidez, que se trate de un supuesto enumerado en el correspondiente listado del Reglamento), sino que también es necesario que la norma antiacumulación de Derecho interno expresamente prevea que es de aplicación a las prestaciones abonadas por otros Estados, esto es, que expresamente tenga conferidos efectos transfronterizos.

Ese efecto transfronterizo de las normas antiacumulación es lo que otros autores conocen como “*carácter externo de las normas nacionales anti-cúmulo*” (ver Carrascosa Bermejo, D. “Capítulo 19. Coordinación de los Sistemas Nacionales de Seguridad Social, Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009” en: Casas Baamonde, M.E, Gil Albuquerque, R. y otros: *Derecho Social de la Unión Europea*. Lefebvre-El Derecho y Fide. Madrid. P. 549).

Esta exigencia resulta extraña. Parece que la finalidad del Reglamento es ampliar la aplicación de las normas antiacumulación de Derecho interno a supuestos transfronterizos, esto es, a prestaciones pagadas por otros Estados miembros o ingresos obtenidos en otro Estado miembro, en los mismos términos que esas mismas normas antiacumulación se aplican a prestaciones pagadas por el propio Estado o a ingresos obtenidos en su territorio respectivamente. ¿Para qué es preciso, entonces, exigir que la propia norma antiacumulación prevea expresamente su aplicación transfronteriza si ya lo hacen los Reglamentos (artículo 11.2 del Reglamento 3 de 1958 y números 2 y 3 del artículo 12 del Reglamento 1408/71)?.

Constatemos en primer lugar que esta exigencia del carácter expresamente transfronterizo de la norma antiacumulación nacional se contempla en el artículo 46 bis 3 del Reglamento 1408/71, exclusivamente para las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, habiendo sido introducida mediante la reforma del mismo por el Reglamento 1248/92. Comencemos entonces por buscar la explicación en sus “recitals”. La exposición de motivos del Reglamento 1248/92 comienza con una afirmación interesante, cuando dice, en relación con las modificaciones que introduce en relación con la liquidación y cálculo de las pensiones, “*que algunas de estas modificaciones están vinculadas a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia, mientras que otras tienen como objetivo colmar las lagunas existentes*”.

En relación concretamente con lo que aquí nos ocupa, dice en primer lugar “*que las modificaciones que deben incluirse en el capítulo 3 del título III del Reglamento (CEE) n° 1408/71 requieren la adaptación del apartado 2 del artículo 12 de dicho Reglamento*”. Es

decir, que la reforma las normas antiacumulación se refiere, únicamente, las normas antiacumulación relativas a las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia. De ahí que la expresión que se introduce en el artículo 12.2, cuando dice que la regla antiacumulación allí contenida se aplicará “salvo en los casos en que el presente Reglamento disponga otra cosa” quiere decir, pura y simplemente, que para las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia no se aplica el artículo 12.2, sino las reglas especiales que se introducen con la reforma, esto es, los artículos 46 bis, 46 ter y 46 quáter. Ahora bien, dado que dichos artículos se refieren únicamente a la acumulación de prestaciones, podemos pensar que el artículo 12.2 sigue vigente para las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia en lo que se refiere a la acumulación de la prestación con ingresos de cualquier tipo del beneficiario obtenidos en otro Estado miembro. En todo caso sigue vigente el artículo 12.3, cuando dice que “*las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión previstas por la legislación de un Estado miembro en el caso en que el beneficiario de prestaciones de invalidez o de prestaciones anticipadas de vejez ejerza una actividad profesional, le afectarán aunque ejerza su actividad profesional en el territorio de otro Estado miembro*”.

Y, concretamente, en relación con la nueva regulación de la acumulación de prestaciones que afecta a las de invalidez, vejez y supervivencia, las explicaciones que se dan en la exposición de motivos del Reglamento 1248/92 son las siguientes:

“Considerando que, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Consejo no tiene competencia para dictar normas que impongan límites a la acumulación de dos o más pensiones adquiridas en distintos Estados miembros mediante una disminución del importe de una pensión adquirida en virtud de la legislación nacional; que, según el Tribunal de Justicia, esta competencia pertenece al legislador nacional, entendiéndose que es competencia del legislador comunitario fijar los límites dentro de los cuales pueden aplicarse las cláusulas nacionales de reducción, suspensión o supresión; que debe establecerse un importe de pensión calcu-

lado con arreglo al método de totalización y prorrateo y garantizado por el Derecho comunitario cuando la aplicación de la legislación nacional, incluidas sus cláusulas de reducción, suspensión o supresión, sea menos favorable que la de dicho método; que, por otra parte, es conveniente permitir que las instituciones competentes renuncien al cálculo según el método de totalización y prorrateo si su resultado es igual o inferior al del cálculo según la legislación nacional; que deben mencionarse en la parte C del Anexo IV, para cada uno de los Estados miembros, todos los casos en los que ambos cálculos conducirían a dicho resultado;

Considerando que, para proteger a los trabajadores migrantes y a sus supervivientes de una aplicación demasiado rigurosa de las cláusulas nacionales de reducción, suspensión o supresión, es necesario incluir en el Reglamento (CEE) n° 1408/71 una disposición que condicione estrictamente la aplicación de dichas cláusulas;

Considerando que, por las mismas razones, conviene incluir en el Reglamento (CEE) n° 1408/71 una disposición que, en caso de acumulación de prestaciones de la misma naturaleza, sólo permita la aplicación de estas cláusulas de determinados tipos de prestaciones y en casos específicos;

Considerando que en la parte D del Anexo IV deben inscribirse los tipos de prestaciones a las que pueden aplicarse las citadas cláusulas en caso de acumulación de prestaciones de la misma naturaleza;

Considerando que es conveniente incluir en el Reglamento (CEE) n° 1408/71 una disposición que permita, en casos específicos, que dos o más Estados miembros firmen un acuerdo con objeto de limitar la acumulación de prestaciones de la misma naturaleza; que estos acuerdos deben figurar en la parte D del Anexo IV;

Considerando que procede incluir en el Reglamento (CEE) n° 1408/71 una disposición que establezca que, en caso de acumulación de prestaciones de la misma naturaleza, las cláusulas de reducción, suspensión

o supresión previstas por la legislación de un Estado miembro no son aplicables a una prestación calculada con arreglo al método de totalización y prorrateo;

Considerando que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe entenderse por acumulación de prestaciones de la misma naturaleza definidas en el capítulo 3 del título III del Reglamento (CEE) n° 1408/71 toda acumulación de prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia calculadas o abonadas en función de los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos por una misma persona, y por acumulación de prestaciones de distinta naturaleza toda acumulación de prestaciones que no sean de la misma naturaleza;

Considerando que en el Reglamento (CEE) n° 1408/71 deben incluirse disposiciones destinadas a garantizar que la aplicación conjunta de las cláusulas nacionales de reducción, suspensión o supresión por dos o varios Estados miembros en caso de acumulación de prestaciones de distinta naturaleza no tenga efectos perjudiciales para los trabajadores migrantes o sus derechohabientes; que es conveniente introducir en el Reglamento (CEE) n° 1408/71 una disposición para evitar que, en virtud de la legislación de un Estado miembro, una pensión sea suspendida o suprimida íntegramente debido a que se percibe una prestación menos elevada de naturaleza distinta de otro Estado miembro; que por la misma razón se justifican las disposiciones citadas respecto de los casos en los que, en virtud de la legislación de un Estado miembro, no puede concederse una pensión en caso de ser beneficiario de una prestación de distinta naturaleza”.

Este conjunto de “recitals” nos hacen un resumen bastante coherente del contenido que la reforma dio a la regulación de la coordinación de normas nacionales antiacumulación para las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia y sus motivos. Pero el que nos interesa aquí es el relativo a la regla que impone que las normas de antiacumulación nacionales solamente son aplicables a prestaciones causadas en otros Estados miembros si

expresamente tienen carácter extrafronterizo. La explicación que se nos ofrece lo justifica por un problema de distribución de competencias entre el legislador nacional y el europeo, diciéndonos que esa diferencia había sido establecida por una “reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

Vamos a intentar recuperar dicha doctrina jurisprudencial para entender el sentido de esa regla que exige el “carácter externo” o transfronterizo de las normas nacionales antiacumulación.

Para comprender lo ocurrido tenemos que remontarnos a sentencias del Tribunal de Justicia en materia de Seguridad Social dictadas en aplicación de los Reglamentos 3 y 4 de 1958. En concreto la primera se dicta el 10 de diciembre de 1969 en el asunto *Duffy*, C-34/69, un supuesto de aplicación del artículo 11.2 del Reglamento 3 de 1958 a la viuda de un jubilado que causó dos pensiones de viudedad, cada una en un Estado miembro en que su cónyuge fallecido había estado asegurado a lo largo de su vida y tenía reconocida una pensión de jubilación. Al menos en uno de los Estados miembros la pensión de viudedad había sido causada con arreglo exclusivamente a la legislación y a las cotizaciones en el mismo, sin necesidad de aplicar los beneficios del Reglamento, esto es, los principios de totalización y prorrateo. El Tribunal de Justicia decidió que en tal caso la norma antiacumulación del artículo 11.2 del Reglamento 3 no era aplicable en ese Estado miembro, puesto que la finalidad de los Reglamentos 3 y 4 era la de garantizar la libre circulación de los trabajadores (artículos 48 a 51 del Tratado CEE), evitando los obstáculos que para la misma suponen los cambios de sistema de Seguridad Social por el hecho de la movilidad transfronteriza. Por ello los Reglamentos no pueden imponer una reducción de los derechos que un beneficiario puede tener si solamente se aplica la legislación nacional. Dado que la finalidad de los Reglamentos es impedir pérdidas de derechos para el trabajador que ejerce su derecho a la libre circulación, del mismo no puede derivarse una pérdida de derechos. La norma antiacumulación del artículo 11.2 del Reglamento 3 solamente era aplicable cuando para obtener el derecho a la prestación o para determinar su importe hubiera sido aplicar el

propio Reglamento. No cabía aplicar la misma cuando la prestación se hubiera obtenido por aplicación exclusiva de la legislación nacional.

Este importantísimo pronunciamiento pareció contraintuitivo, porque la lectura del artículo 11.2 del Reglamento 3 (después convertida en el artículo 11.2 del Reglamento 1408/71) no establece en modo alguno tal limitación y parece que tiene por objeto coordinar los sistemas de Seguridad Social con mayor amplitud de objetivos, esto es, para construir un espacio económico único en el cual la ubicación geográfica determinante de la aplicación de la norma antiacumulación nacional sea irrelevante, siendo indiferente que se sitúe a un lado u otro de una frontera interna de la Comunidad. Sin embargo en 1968 la idea del mercado interior que se incorporó a los tratados con el Acta Única Europea de 1986 estaba todavía lejana. El Tribunal de Justicia optó por hacer una interpretación restrictiva de los Reglamentos de Seguridad Social, atendiendo a las bases jurídicas de los mismos en el Tratado, lo que le permitió obviar la posible nulidad del Reglamento por un exceso regulatorio que iba más allá de su base jurídica. En la exposición de motivos del Reglamento 1248/92, como hemos visto, se presenta el problema como una cuestión competencial, si bien más propiamente podríamos decir que es un problema de base jurídica del Reglamento. Al estar implicado un elemento transfronterizo de naturaleza económica la CEE podía asumir las competencias normativas necesarias para aproximar las legislaciones nacionales de Seguridad Social, en cuanto sus normas antiacumulación incidan “directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común”, pero debiera hacerlo mediante Directivas (artículo 100 TCEE, hoy artículo 115 TFUE). La base jurídica de los Reglamentos 3 y 4 de 1958, como después de los Reglamentos 1408/71 y 574/72, no era el artículo 100 TCEE, sino el artículo 51 TCEE (hoy artículo 48 TFUE), cuya finalidad es, efectivamente, adoptar “las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores”. Por tanto la cuestión no afectaba exactamente a las competencias de la Comunidad en sentido genérico, sino a la concreta base jurídica de los Reglamentos de coordinación. En base al artículo 51 TCEE (hoy artículo 48 TFUE) no se puede incluir en los Reglamentos normas que tengan efectos desfavorables para los trabajadores migrantes, esto es, normas que

produzcan una reducción de sus derechos de Seguridad Social en relación con los que tendrían de no existir ni aplicarse los Reglamentos europeos de coordinación.

Este es un principio esencial que subyace a cualquier interpretación de los Reglamentos y que jamás puede ser olvidado: los Reglamentos solamente puede aplicarse con preferencia a la legislación nacional cuando produzcan efectos beneficiosos para el trabajador migrante. Ahora bien, esto no significa que se pueda realizar un espiguelo o “*cherry-picking*”: si se aplican los Reglamentos europeos entonces sí que se incluye en el paquete todo su contenido, incluidas las normas antiacumulación. En conclusión, el artículo 11.2 del Reglamento 3 (después artículo 12, números 2 y 3, del Reglamento 1408/71) solamente es aplicable cuando la prestación ha sido causada aplicando los Reglamentos de coordinación, pero nunca si la misma se causa únicamente en virtud de la legislación nacional.

Esta línea doctrinal del Tribunal de Justicia se mantuvo posteriormente y fue ampliando sus razonamientos y matices:

En la sentencia de 15 de mayo de 1974, Kaufmann, C-184/73, el Tribunal de Justicia reiteró que la norma antiacumulación del artículo 11.2 del Reglamento 3 solamente era oponible a los asegurados cuando hubieran obtenido su prestación gracias a la aplicación de los Reglamentos europeos, pero añadió algo más, sentando las bases de la futura reforma que introdujo el Reglamento 1248/92:

- a) Las cláusulas de reducción o suspensión previstas por la legislación de un Estado miembro solamente podían aplicarse, además, “en la medida en que las dos prestaciones sean realmente comparables”;
- b) La aplicación de las cláusulas antiacumulación excedería de su finalidad si llevase a una reducción excesiva de la prestación, de manera que la reducción no puede exceder del importe realmente percibido por la prestación reconocida en el otro Estado miembro.

En la sentencia de 21 de octubre de 1975, Petroni, C-24/75, se enfrentó a un trabajador

con periodos de seguro en Bélgica y en Italia, que obtuvo una pensión de jubilación belga con exclusiva aplicación de la legislación belga y una pensión de jubilación italiana con aplicación de los reglamentos (totalización y prorrateo). La institución belga quiso aplicar la norma antiacumulación del artículo 12.2 del Reglamento 1408/71, dado que su prestación no estaba concedida aplicando el artículo 46 del mismo Reglamento 1408/71 y por tanto no estaba aparentemente incluida en la excepción prevista entonces por el texto literal del artículo 12.2. Lo que hizo la Seguridad Social belga fue reducir la pensión belga al importe que resultaría de aplicar las normas de totalización y prorrateo, en lugar de su propia legislación. El Tribunal de Justicia dijo que “la finalidad de los artículos 48 a 51 (TCEE) no se alcanzaría si, como consecuencia del ejercicio de su derecho a la libre circulación, los trabajadores debieran perder las ventajas de Seguridad Social que les otorga, en cualquier caso, la aplicación de la legislación de un Estado miembro” y por ello “la totalización y la prorrateo no deben aplicarse si su efecto es minorar las prestaciones a las que el interesado puede optar en virtud de la legislación de un único Estado miembro, en base a los periodos de seguro cumplidos bajo esta legislación”. Por tanto “*es incompatible con el artículo 51 una limitación de la acumulación de prestaciones que suponga una disminución de los derechos que los interesados ya tienen en un Estado miembro por la aplicación pura y simple de la legislación nacional*”.

Observemos una particularidad y es que en este caso se aplica el mismo criterio por el Tribunal de Justicia a pesar de que el trabajador sí se había beneficiado de los Reglamentos europeos de coordinación, dado que había obtenido una prestación en Italia gracias a los mismos. Pero lo importante es que en Bélgica, Estado que intentaba aplicar las cláusulas antiacumulación, la prestación la había obtenido única y exclusivamente en virtud de su legislación nacional. Este criterio lo reiterará el Tribunal de Justicia expresamente años después en la sentencia de 15 de septiembre de 1983, Jerzak, C-279/82.

Un supuesto semejante al de Petroni se resolvió en la sentencia de 13 de octubre de 1977, Mura, C-22/77, en el caso de un trabajador italiano que había trabajado como

minero en Francia y en Bélgica y causó una pensión de invalidez en Bélgica solamente con la legislación belga y en Francia con aplicación de los reglamentos (totalización y prorrateo). La solución fue la misma, pero es interesante subrayar esta apreciación del Tribunal: “Las eventuales divergencias que puedan en su caso beneficiar a los trabajadores migrantes no se deben a la interpretación del Derecho comunitario, sino a la inexistencia de un régimen común de Seguridad Social o a que no se han armonizado los regímenes nacionales existentes, lo que no puede paliarse con la mera coordinación actualmente en vigor”. O sea, que el trabajador migrante puede salir beneficiado por el hecho de haber trabajado en diversos Estados al aplicar los Reglamentos, por referencia a un trabajador que no haya ejercitado sus derechos a la libre circulación y haya trabajado en un único Estado toda su vida laboral, pero que dicho efecto no es contrario al Derecho comunitario, sino una consecuencia del mismo, por no haber decidido crear un sistema único de Seguridad Social o armonizar los existentes. Es importante situar la norma en su contexto. Gran parte de los supuestos resueltos en los primeros años por el Tribunal de Justicia se refieren a trabajadores italianos que habían trabajado en Bélgica y conseguían generar una pensión belga con los periodos de seguro cubiertos bajo su legislación y le sumaban una pensión italiana ganada gracias a los Reglamentos. La Seguridad Social belga veía con estupor cómo la mayor generosidad de su legislación a la hora de conceder pensiones de invalidez hacía que los inmigrantes italianos consiguieran mayores beneficios que los trabajadores belgas, al sumar la pensión italiana a la belga. El Tribunal de Justicia dio una respuesta política a las quejas políticas subyacentes en los conflictos: Si los Estados miembros quieren evitar este efecto deben unificar sus sistemas de Seguridad Social o hacerlos más homogéneos mediante Directivas de aproximación de legislaciones. En tanto en cuanto esto no suceda tiene primacía el principio de libre circulación de trabajadores y por tanto el Derecho comunitario ha de garantizar que el trabajador que ejerce tal derecho de circulación no salga perjudicado, pero si por efectos del Derecho comunitario sale beneficiado respecto al

trabajador que no ejerce el derecho a la libre circulación ello no es contrario al Derecho comunitario.

Al mismo tiempo en la sentencia Mura el Tribunal añadió algo importante, dando una pista a Bélgica para resolver la situación: queda fuera del ámbito de los Reglamentos, por ser competencia exclusiva del legislador nacional, la extensión y efectos de las normas antiacumulación aplicadas a una prestación cuando esa prestación haya sido causada exclusivamente aplicando la legislación nacional, tomando en consideración solamente los periodos de seguro cubiertos bajo la misma. En conclusión, si la legislación belga es más generosa y el trabajador migrante opta por beneficiarse de la misma en lugar de aplicar los reglamentos, el Estado belga (como cualquier otro Estado miembro que así lo deseara) tenía una solución: *regular en su Derecho una norma antiacumulación que expresamente previese su aplicación transfronteriza, a prestaciones obtenidas en otros Estados*. El Tribunal de Justicia anticipó que no iba a oponerse a la aplicación de tales disposiciones nacionales cuando la prestación a las que se aplicasen se hubiera obtenido con arreglo al Derecho del propio Estado, sin aplicación de los Reglamentos.

En la sentencia de 10 de marzo de 1977, Kaucic, C-75/76, dictada con anterioridad, esta conclusión ya se había apuntado por el Tribunal de Justicia, pero el supuesto reunía algunas especificidades importantes, dado que se trataba de un trabajador italiano que había trabajado en dos Estados miembros (Bélgica e Italia) y en otro que entonces no era miembro (Austria). Obtuvo pensión austriaca (obviamente sin aplicar los Reglamentos, sino el convenio bilateral con Italia), italiana (con aplicación de los Reglamentos) y belga (en base exclusivamente a su legislación nacional). Las instituciones de seguro de Bélgica redujeron la prestación por la concurrencia con la pensión austriaca. El Tribunal de Justicia dijo que se trataba de una materia a los Reglamentos, que no se oponen a que un Estado miembro aplique cláusulas de reducción por la concurrencia con prestaciones de fuera de la Comunidad Europea, pero hizo una observación importante en los fundamentos de su resolución: la Ley belga preveía expre-

samente la reducción de la prestación cuando concurriese con pensiones extranjeras, es decir, la aplicación de la norma antiacumulación estaba expresamente prevista en la ley belga con efectos transfronterizos o externos y su aplicación en el caso concreto no afectaba a los Reglamentos europeos, dado que la prestación belga se había causado solamente con su legislación nacional y los periodos de seguro cubiertos bajo la misma y la norma antiacumulación nacional de efectos transfronterizos se aplicaba en relación con una prestación causada en un Estado no miembro (Austria).

Los efectos de la doctrina Mura se hicieron ver en la sentencia de 13 de octubre de 1977, Greco, C-37/77. De nuevo se trataba de un trabajador italiano que obtuvo una pensión de invalidez belga solamente con aplicación de la legislación belga, a la que añadió una pensión de invalidez italiana con aplicación de los reglamentos (totalización y prorrateo). La Seguridad Social belga le aplicó su propia norma antiacumulación para descontar de la pensión belga el importe de la pensión italiana. El Tribunal de Justicia declaró que el artículo 12.2 del Reglamento 1408/71 no era de aplicación, dado que no estábamos ante una prestación obtenida o calculada gracias a los Reglamentos, sino ante una prestación generada mediante la exclusiva aplicación de la legislación belga y por los periodos de seguro cubiertos bajo la misma. Si la norma antiacumulación belga preveía su aplicación a pensiones obtenidas en el extranjero (incluidos los demás Estados miembros) esto era una cuestión exclusiva de la competencia del legislador y los tribunales belgas. El Tribunal se limitó a matizar que en todo caso el trabajador afectado siempre podría optar, si le resultaba más favorable, por la aplicación de los Reglamentos europeos, con todos sus efectos (totalización y prorrateo), lo que excluiría la aplicación de la norma antiacumulación nacional por previsión expresa de esos Reglamentos. Un criterio que se reiteró, tal cual, en otro supuesto de trabajador italiano en Bélgica, en la sentencia de 5 de octubre de 1978, Viola, C-26/78.

La doctrina fue reiterada en la sentencia de 14 de marzo de 1978, Schaap, C-98/77. El Tribunal volvió a decir que si la prestación de que se trate se ha causado por la exclusiva aplicación de una legislación nacional no son

aplicables las normas antiacumulación de los Reglamentos, sino únicamente las nacionales, salvo que la aplicación de los Reglamentos fuese más beneficiosa para el trabajador. Un criterio que reiteró también posteriormente en la sentencia de 5 de mayo de 1983, van der Bunt-Craig, C-238/81.

La misma doctrina se aplicó, pero en sentido inverso, en la sentencia de 14 de marzo de 1978, Boerboom-Kersjes, C-105/77. El Tribunal dijo que no debían aplicarse los Reglamentos, sino la legislación nacional, si ésta resulta más favorable, pero en tal caso deben aplicarse también las normas antiacumulación nacionales, debiendo valorarse para determinar si una u otra legislación (nacional o Reglamentos) es la más beneficiosa no solamente las normas sobre cálculo de las prestaciones, sino también el efecto de las normas antiacumulación en cada caso.

En la sentencia de 23 de marzo de 1982, Baccini, C-79/81, el Tribunal de Justicia siguió en la misma línea, demostrando la potencialidad de la misma. De nuevo se trata de un trabajador italiano con pensiones de invalidez belga (en base a su legislación nacional) e italiana (con aplicación de Reglamentos). Aquí el problema se suscitó porque al trabajador se le revisó la invalidez en Bélgica, declarándole capaz para el trabajo. En ese caso la legislación belga preveía que el trabajador pasara a percibir una prestación por desempleo. La legislación belga, sin embargo, establecía la incompatibilidad entre las prestaciones de desempleo y de invalidez, si bien no incluía una cláusula de efectos transfronterizos, por lo que la Seguridad Social belga intentó ampararse en el artículo 12.2 del Reglamento 1408/71 para aplicar la norma anticúmulo, lo que fue rechazado por el Tribunal de Justicia, recordando que esas normas solamente son de aplicación si la prestación (*en este caso el desempleo*) se ha causado o calculado beneficiándose de la aplicación de los Reglamentos, pero no si se había causado mediante la exclusiva aplicación de la legislación nacional.

En conclusión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dejó sentados importantes principios sobre la aplicación de las normas antiacumulación, que podríamos resumir en los siguientes:

- a) Si la prestación de la que disfruta el trabajador se ha obtenido o calculado aplicando los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social, son aplicables las normas del Reglamento para la coordinación de las normas de antiacumulación nacionales.
- b) Para aplicar las reglas del Reglamento dedicadas a la coordinación de las normas nacionales antiacumulación, es preciso que el supuesto de hecho transfronterizo al que se trata de hecho sea asimilable, de la misma naturaleza, que el previsto en la normativa nacional.
- c) Si para la prestación de la que disfruta el trabajador no se han aplicado los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social, no son aplicables las normas del Reglamento dedicadas a la coordinación de las normas nacionales antiacumulación, sino únicamente las normas nacionales antiacumulación, cuya interpretación corresponde en exclusiva a los tribunales nacionales.
- d) En este último caso, para que puedan aplicarse a prestaciones o ingresos obtenidos en el extranjero las normas nacionales antiacumulación, es necesario que las mismas contemplen expresamente sus efectos externos o transfronterizos. Al no ser aplicables las normas de coordinación de los Reglamentos, los efectos transfronterizos no pueden fundamentarse en el contenido de las mismas.
- e) No cabe por consiguiente el espiguelo, sino que existen dos paquetes normativos separados, uno el constituido por la aplicación exclusiva de las normas nacionales, incluyendo sus reglas antiacumulación, y el otro por la aplicación de los Reglamentos, incluyendo sus reglas antiacumulación. Ambos no pueden mezclarse, sino que debe aplicarse solamente uno, debiendo ser el que produzca efectos más favorables para el trabajador que ha ejercitado su derecho a la libre circulación dentro del territorio de la Unión Europea (más el Espacio Económico Europeo y Suiza).

La consecuencia es que cada Estado miembro, al regular en su derecho interno todo aquellos supuestos que puedan ser con-

siderados en algún momento, a efectos de los Reglamentos comunitarios, como “cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión” (concepto que es mucho más amplio, como ya vimos, de la idea de normas sobre incompatibilidades) debe prever expresamente si van a tener o no efecto externo o transfronterizo. A falta de tal previsión no serán aplicables a supuestos transfronterizos. Si, por el contrario, tal previsión existe, ello implicará que, si una prestación se ha otorgado aplicando exclusivamente su legislación nacional, podrá aplicar a la misma sus reglas antiacumulación, con los efectos externos o transfronterizos que tengan previstos, pero no las normas antiacumulación de los Reglamentos europeos, por lo que no podrá intentar conferir efectos transfronterizos a sus normas antiacumulación acudiendo a las disposiciones de los Reglamentos. Por el contrario si la prestación ha sido causada o calculada aplicando los Reglamentos, puede ampararse en las reglas de coordinación de los Reglamentos para dar efectos transfronterizos a sus propias normas antiacumulación, siempre en los términos y dentro de los límites establecidos en los Reglamentos. Esta diferencia es aplicable en función de que se hayan aplicado o no los Reglamentos al cálculo de la prestación concedida por el Estado de que se trate, independientemente de que las prestaciones de otros Estados a las que intenta aplicar las reglas antiacumulación se hayan obtenido o calculado mediante la aplicación de los Reglamentos o no.

A la hora de que cada Estado regule, para cada concreta prestación de su sistema de Seguridad Social, los efectos transfronterizos de sus normas antiacumulación, debe tomar en consideración la lógica de las mismas, para evitar que los efectos de la norma antiacumulación lleguen más allá de su lógica. Por ejemplo, si una legislación nacional establece la incompatibilidad de la percepción simultánea de dos pensiones de jubilación como una medida de racionalización presupuestaria, destinada a evitar que los fondos de la Seguridad Social financien un exceso de protección en favor de un mismo trabajador, esa incompatibilidad no debería alcanzar a cualquier pensión de jubilación no financiada por los presupuestos del sistema nacional de Seguridad Social propio, como puede ser una pensión de jubilación privada o una pensión de

jubilación extranjera. Un ejemplo de norma antiacumulación en Derecho español a la que ese razonamiento puede ser aplicable es el límite a la cuantía de las pensiones, tanto en su señalamiento inicial como en el momento de su revalorización por concurrencia.

Termino esta parte con dos observaciones importantes sobre la modificación que introdujo el Reglamento 1248/92 para incorporar la jurisprudencia referida del Tribunal de Justicia:

a) El Reglamento 1248/92 solamente ha desarrollado dicha jurisprudencia para el caso de las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, desarrollando una regulación específica para las mismas en los artículos 46 bis, 46 ter y 46 quáter, relativa a la acumulación de esas prestaciones con otras prestaciones de Seguridad Social causadas en otros Estados miembros. Quedan fuera de esa regulación específica tanto la acumulación de otro tipo de prestaciones, como la acumulación de prestaciones de invalidez, vejez o supervivencia con ingresos obtenidos en otros Estados (diferentes a prestaciones de Seguridad Social). En relación con todo ello siguen vigentes los artículos 12.2 y 12.3 del Reglamento 1408/71. Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se refiere a todos los supuestos de aplicación del artículo 12.2 del Reglamento 1408/71. Por ejemplo, la sentencia de 23 de marzo de 1982, Baccini, C-79/81, se refería a una prestación de desempleo belga. Por tanto en todos esos casos sigue siendo aplicable esa jurisprudencia. Para que una norma interna antiacumulación (por ejemplo, la relativa al límite de ingresos para lucrar un subsidio de desempleo en España) sea aplicable con carácter externo o transfronterizo a una prestación causada mediante la aplicación exclusiva de la legislación nacional, es preciso que la legislación del Estado expresamente prevea su carácter externo o transfronterizo, si bien es competencia exclusiva de los tribunales nacionales en tales supuestos interpretar su propio Derecho para determinar si la legislación contempla o no ese carácter externo o transfronterizo.

b) El Reglamento 1248/92 incorporó en el artículo 46 bis 3.a del Reglamento 1408/71 la exigencia del carácter externo o transfronterizo de las normas nacionales antiacumulación también cuando las correspondientes prestaciones han sido causadas mediante la aplicación de los Reglamentos, aunque en puridad y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ello no era necesario, porque ese carácter transfronterizo se lo confería ya el artículo 12.2 del Reglamento. Ahora bien, esa exigencia solamente se aplica a los supuestos regulados por dicho artículo 46 bis 3.a del Reglamento 1408/71, esto es, a las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia. Para las prestaciones de otra índole que se causen o calculen beneficiándose de la aplicación de los Reglamentos europeos el carácter transfronterizo de las normas antiacumulación nacionales le viene conferido automáticamente por el artículo 12.2 del Reglamento 1408/71.

4. LA EXIGENCIA DE UNA NORMA INTERNA ANTIACUMULACIÓN DE EFECTOS TRANSFRONTERIZOS. ¿EXISTE DIVERGENCIA ENTRE LO RESUELTO AL RESPECTO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LO RESUELTO POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL?

A la vista de todo lo anteriormente dicho, produjo cierta sorpresa que el Tribunal de Justicia no aplicase la exigencia del carácter externo o transfronterizo de la norma antiacumulación española en su sentencia de 15 de marzo de 2018, Blanco Marqués, C-431/16, basando su resolución exclusivamente en la falta de inclusión de la correspondiente prestación en los listados anexos del Reglamento 1408/71. Sin embargo ello tiene una explicación. En el caso Blanco Marqués la norma antiacumulación española objeto del litigio era el artículo 6.4 del Real Decreto 1646/1972, de 23 de junio. En ese artículo 6 se regula un complemento del 20% de la base reguladora para los pensionistas de incapacidad permanente total mayores de 55 años y en el número cuatro del artículo se dice que ese complemento “que-

dará en suspenso durante el periodo en que el trabajador obtenga un empleo”. No cabe duda de que dicha previsión es una norma antiacumulación, como dijo el Tribunal de Justicia en su sentencia, frente a la interpretación pretendida por España. Pero en sus propios términos la norma solamente se refiere a la acumulación de la prestación de invalidez con el trabajo, lo que nos llevaría exclusivamente al ámbito del artículo 12.3 del Reglamento 1408/71. Sin embargo lo que estaba en cuestión era la acumulación con una prestación de otro Estado miembro (o, para ser precisos, en este caso de Suiza, aunque se le aplican los Reglamentos en determinados términos, si bien ello no va a ser objeto de análisis aquí).

Ocurre que el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 ha sido interpretado de forma extensiva por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (sentencias de 26 de enero de 2004, RCU 4433/2002 ó 13 de abril de 2005, RCU 1785/2004), entendiéndose que el incremento del 20% de la base reguladora en la pensiones de incapacidad permanente total para los mayores de 55 años no solamente debe ser suspendido como consecuencia del empleo del pensionista, como dice literalmente la norma, sino también por el disfrute de una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, por ser ésta una renta sustitutiva del trabajo. Una interpretación extensiva de tal índole, pese a que sin duda debió causar sorpresa a los jueces europeos, es competencia exclusiva de la Justicia española, puesto que se trata de una norma de Derecho interno en tanto en cuanto se limite a aplicarse a la incompatibilidad entre prestaciones de la Seguridad Social española. Pero al aplicar la incompatibilidad a una prestación de jubilación suiza la cuestión pasó a tener alcance comunitario.

Como hemos visto, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde su sentencia Greco, la mera concurrencia de la prestación con otra prestación abonada por otro Estado miembro (o del EEE o Suiza) no convierte automáticamente aplicables las normas antiacumulación del Reglamento 1408/71. Para ello es necesario además que la prestación de invalidez española hubiera sido causada o calculada mediante la apli-

cación de los Reglamentos europeos. Esta condición no concurriría en este caso, según consta en los antecedentes de la cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial español, pero fue obviada por la sentencia del Tribunal de Justicia, que vino a fijar criterio aplicando los Reglamentos como si la prestación española hubiera sido causada o calculada beneficiándose de los mismos.

Lo cierto es que en ambos casos se exige el carácter transfronterizo de la norma nacional antiacumulación, dado que, como hemos visto, así se exige si la prestación ha sido generada sin aplicación de los Reglamentos (como era el caso), pero también, en virtud del artículo 46 bis 3.a del Reglamento 1408/71, si la prestación es de invalidez, vejez o supervivencia y ha sido causada o calculada aplicando los Reglamentos.

El Tribunal Supremo español había conferido implícitamente carácter transfronterizo a la norma antiacumulación cuando inadmitió a trámite varios recursos en dos autos de 11 de septiembre de 2014 (RCUD 3228/2013 y 426/2014) y de 24 de febrero de 2015 (RCUD 2456/2014), pero sin fijar doctrina al respecto mediante sentencia. En tales condiciones, dado que la competencia para interpretar la norma nacional antiacumulación corresponde en exclusiva a los órganos judiciales del Estado y no al Tribunal de Justicia europeo, la sentencia Blanco Marqués hubo de aceptar que tal era el caso, aceptando la interpretación dada por el Tribunal Supremo español, aunque el silencio que guarda al respecto es revelador de que la perplejidad debió ser máxima. Lo cierto es que, sin hacer excepción alguna por razón de que la prestación española había sido generada sin necesidad de aplicar los Reglamentos, vino a resolver la cuestión en favor del trabajador basándose en la falta de inclusión de la correspondiente prestación de invalidez (el complemento del 20% para mayores de 55 años) en el listado anexo del Reglamento.

Con ello quedó en el aire la cuestión del carácter externo o transfronterizo de la norma antiacumulación española, un requisito expresamente exigido en el Reglamento 1408/71 desde su reforma en 1992 y que parece que la norma española claramente no cumple. Sin

embargo la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha venido a corregirse, llevando la situación a sus términos correctos, en la sentencia de 29 de junio de 2018 (RCUD 4102/2016), dictada por el pleno de la Sala, donde asume expresamente un cambio de criterio jurisprudencial.

Dice el Tribunal Supremo en su sentencia:

“El artículo 53.3.a) del Reglamento UE 883/2004, sobre Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social regula la compatibilidad entre pensiones de la misma naturaleza (como son las de IP y jubilación) y establece que a esos fines solo es posible tener en cuenta las prestaciones adquiridas en otro Estado miembro *cuando la legislación nacional establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero. Nuestro legislador no ha aprobado hasta la fecha una previsión semejante*. La claridad de la norma en cuestión (similar al precedente artículo 46.bis.3.a del Reglamento 1408/1971), su especificidad (va referida a los supuestos de previsiones sobre compatibilidad o “acumulación”) y la doctrina de la STJUE Blanco Marqués (aunque allí se trata de pensión abonada por Suiza) abocan a esa conclusión. En tal sentido hemos de abandonar expresamente el criterio sostenido por diversos Autos, como los antes citados, conforme a los cuales es trasladable a ese tipo de supuesto la doctrina unificada de SSTS 26 enero 2004 (rec. 4433/2002) y 13 abril 2005 (rec. 1785/2004) respecto de incompatibilidad del complemento en cuestión con el abono de pensión de jubilación por el propio sistema español de Seguridad Social”.

Una vez asumida la necesidad del carácter transfronterizo de la norma antiacumulación española, exigiendo que el legislador apruebe una previsión expresa ad hoc, vamos a asistir previsiblemente a nuevos litigios donde tal cuestión se suscite respecto de otras normas antiacumulación de la legislación español. El problema se va a plantear no solamente en relación con las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia a las que se aplica el artículo 46 bis 3.a del Reglamento 1408/71 o el artículo 53.3.a del Reglamento UE 883/2004 (según la

fecha del hecho causante, como hemos visto), sino en relación con todas aquellas normas antiacumulación nacionales cuyos efectos quieran extenderse a prestaciones, ingresos o actividades en otros Estados miembros.

Esto puede producir problemas simplemente por el hecho de que un beneficiario de una prestación de desempleo, de incapacidad temporal, de jubilación o de invalidez realice trabajos en otro Estado miembro que, si se realizasen en España, serían incompatibles con el disfrute de la prestación. En tales casos, si la prestación ha sido causada mediante la aplicación de Reglamentos comunitarios, la norma española antiacumulación extendería sus efectos fuera del territorio español en aplicación de las normas de los Reglamentos (en concreto del artículo 12.2 del Reglamento 1408/71, o 12.3 si se tratase de invalidez o de jubilación anticipada; después veremos lo relativo al Reglamento 883/2004). Pero si esas prestaciones han sido causadas sin aplicar los Reglamentos comunitarios, la aplicación de la norma antiacumulación española con carácter externo o transfronterizo no puede fundarse en los números dos y tres del artículo 12 del Reglamento 1408/71, como hemos visto, sino solamente en la legislación interna española. La exigencia de previsión expresa del legislador para dar efectos transfronterizos a las normas antiacumulación, puede impedir en general la aplicación de prácticamente todas las normas antiacumulación españolas actualmente vigentes a supuestos producidos en otros Estados miembros. En general el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social español sigue estando configurado pensando en su aplicación dentro de las fronteras españolas. Así, por ejemplo, la norma vigente sobre desplazamientos y traslados geográficos del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores no se ha reformulado para contemplar expresamente los traslados y desplazamientos al extranjero, de manera que, o bien se considera no aplicable a los mismos, o bien el legislador está dando el mismo tratamiento al traslado o desplazamiento forzoso de Cuenca a Badajoz que de Cuenca a Bagdad, lo que resulta cuando menos chocante. Esa falta de previsión de los supuestos transfronterizos, propia de un país encerrado en sí mismo, que ya no responde a la realidad española, es un problema también en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social.

5. LA COORDINACIÓN DE LAS NORMAS NACIONALES ANTIACUMULACIÓN EN EL REGLAMENTO 883/2004

Llegados a este punto es hora de abordar la situación bajo la vigencia del Reglamento 883/2004, el cual es la norma aplicable en materia de coordinación de normas antiacumulación nacionales, según hemos visto, a las prestaciones causadas a partir del 1 de mayo de 2010, fecha de su entrada en vigor.

En ese sentido hay que decir que la regulación de la coordinación de normas antiacumulación aplicables a los supuestos de acumulación de una prestación de invalidez, vejez y supervivencia de un Estado miembro con otra prestación de Seguridad Social de otro Estado miembro, de la misma o distinta naturaleza, es prácticamente igual a la contenida en el Reglamento 1408/71 a partir de su reforma por el Reglamento 1248/92. Los artículos 46 bis, 46 ter y 46 quáter del Reglamento 1408/71 han sido sustituidos por los artículos 53, 54 y 55 del Reglamento 883/2004, que se vienen a corresponder casi exactamente con los anteriores. Existe alguna diferencia textual, cuyo alcance práctico se irá viendo con su aplicación. Lo cierto es que la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2018 (RCUD 4102/2016) fija su doctrina que exige norma nacional expresa de efectos transfronterizos en aplicación del artículo 53.3.a del Reglamento 883/2004, con el mismo alcance que resultaría del artículo 46 bis 3.a del Reglamento 1408/71. Solamente llama la atención que el Tribunal Supremo, pese a dictar su sentencia después de la sentencia Blanco Marqués del Tribunal de Justicia europeo, no sigue su criterio sobre determinación de la legislación aplicable y, pese a que la prestación de invalidez de que se trata se causó en 1999 y el complemento del 20% por llegar a los 55 años se causó en 2005, el Tribunal Supremo le aplica el Reglamento 883/2004, que entró en vigor el 1 de mayo de 2010. Como hemos visto según el Tribunal de Justicia la norma aplicable sería la vigente en el momento de causación de la pensión a la que se trata de aplicar las normas antiacumulación, en este caso la pensión de invalidez española o, más exactamente, el complemento del 20% de la base reguladora de la misma, causado en 2005.

Pero donde sí aparece una diferencia relevante es en el artículo 10 del Reglamento 883/2004, que regula la “no acumulación de prestaciones”. En ese artículo se mantiene el número uno, que ya vimos al principio de este trabajo que tiene un contenido y alcance sustancialmente igual desde la primera versión de 1958. Sin embargo, han desaparecido los demás números que figuraban como dos, tres y cuatro del artículo 12 del Reglamento 1408/71. ¿Dónde han ido a parar las reglas de coordinación de las normas antiacumulación nacionales diferentes a las aplicables a las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia? Lo que el legislador ha hecho ha sido subsumirlas en un precepto de mucho mayor alcance, que es el artículo 5 del Reglamento 883/2004, bajo el título de “asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos”. El texto de dicho artículo es el siguiente:

“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento y habida cuenta de las disposiciones particulares de aplicación establecidas:

- a) *si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se trate de dicha legislación serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro;*
- b) *si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio”.*

La coordinación de las normas antiacumulación nacionales resulta hoy de ese artículo, en la medida en que extiende a todo tipo de prestaciones, ingresos y situaciones, favorables o contra-

rias al beneficiario, los efectos transfronterizos de las normas antiacumulación nacionales (y de cualquier otra disposición interna) para todo el mercado interior europeo, incluyendo el Espacio Económico Europeo y Suiza. Las bases jurídicas declaradas del Reglamento 883/2004 son los artículos 42 y 308 del Tratado CEE (numeración de Amsterdam), equivalentes a los artículos 48 y 352 TFUE. Si la única base jurídica fuese el artículo 48 situaría al Reglamento en la misma línea que en su momento los Reglamentos 3 de 1958 y 1408/71, lo que significaría que el artículo 5, pese a su amplia dicción, solamente sería aplicable con efectos desfavorables al trabajador cuando la prestación de que se trate hubiera sido causada o calculada aplicando los Reglamentos comunitarios, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia desde la sentencia *Duffy*, que ya analizamos antes. La duda es si la base jurídica adicional que se incorpora a los Reglamentos mediante la remisión al artículo 352 cubre la aplicación in peius también a las prestaciones nacionales obtenidas sin aplicación de los Reglamentos europeos de coordinación. En este sentido la exposición de motivos es escasamente clarificadora y utiliza expresiones vagas y generales:

“9. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la posibilidad de asimilación de prestaciones, ingresos y hechos. Resulta, pues, necesario recoger expresamente este principio y desarrollarlo, respetando en todo caso el contenido y la esencia de las resoluciones judiciales.

10. Sin embargo, el principio de tratar determinados hechos o acontecimientos ocurridos en el territorio de otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en el territorio del Estado miembro cuya legislación sea aplicable no debe interferir con el principio de la totalización de los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro con aquellos cumplidos con arreglo a la legislación del Estado miembro competente. Por consiguiente, los períodos cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro deberán tenerse en cuenta únicamente mediante la aplicación del principio de la totalización de períodos...

12. Teniendo en cuenta la proporcionalidad, debe procurarse que el principio de asimilación de hechos o acontecimientos no conduzca a resultados objetivamente injustificados ni a la acumulación de prestaciones del mismo tipo para un mismo período”.

Es imposible saber, a partir de estas declaraciones de la exposición de motivos, si la voluntad del legislador europeo ha sido la de superar la doctrina del Tribunal de Justicia para aplicar las normas antiacumulación nacionales siempre con efectos transfronterizos, incluso si se aplican sobre prestaciones causadas exclusivamente con arreglo a una legislación nacional. Ello no sería factible si la base jurídica exclusiva del Reglamento fuese el artículo 48 TFUE, pero al invocar también el artículo 308 TFUE se abre tal posibilidad. Probablemente haya de terminar interviniendo el Tribunal de Justicia para aclararlo, cuando se suscite en algún litigio y un tribunal nacional le requiera para ello mediante cuestión prejudicial. Pero, sea cuál sea la solución, la misma no será aplicable, como hemos visto, a las prestaciones causadas antes del 1 de mayo de 2010.

Bien haría el Ministerio de Trabajo en tomar nota del problema e ir preparando las reformas normativas precisas para resolverlo cuanto antes, para lo cual lo primero que hará falta será identificar todas las normas antiacumulación vigentes (cuyo concepto es ciertamente extenso, como ya vimos), establecer cuál es la lógica de cada una y, según lo que resulte, decidir y regular su carácter transfronterizo o no. En ausencia de previsión expresa de la normativa española, dicho carácter transfronterizo ha de considerarse inexistente para los supuestos a los que es de aplicación el Reglamento 1408/71 (prestaciones causadas antes del 1 de mayo de 2010), al igual que para las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia causadas a partir de esa fecha en caso de concurrencia con otras prestaciones de la misma o distinta naturaleza, en aplicación del artículo 53.3.a del Reglamento 883/2004.

En los restantes supuestos el posible cambio que supone el artículo 5 del Reglamento 883/2004 es incierto. Para soslayar esa incertidumbre sería posible que el legislador incorporarse en la Ley General de la Seguridad So-

cial una norma interna de dicción semejante al actual artículo 5 del Reglamento 883/2004. Sin embargo una solución normativa de esa índole obviaría el estudio concreto de cada norma antiacumulación y su lógica, lo que podría llegar a producir efectos indeseados sobre los derechos de los beneficiarios e incluso pudiera llegar a chocar en ciertos supuestos contra otras normas del Derecho de la Unión, especialmente las que protegen las libertades económicas de circulación y el mercado interior. El propio legislador europeo ha hecho

una llamada a la prudencia en la exposición de motivos del Reglamento 883/2004: “Teniendo en cuenta la proporcionalidad, debe procurarse que el principio de asimilación de hechos o acontecimientos no conduzca a resultados objetivamente injustificados...” e igualmente manifiesta que para desarrollar el principio de asimilación debe respetarse “en todo caso el contenido y la esencia de las resoluciones judiciales”. El papel clarificador del Tribunal de Justicia seguirá siendo esencial.

RESUMEN

En los últimos años se ha mejorado el intercambio de datos entre Estados miembros de la Unión Europea sobre los beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social. Gracias a ello la Administración española ha puesto en marcha sistemas de control, tanto en el ámbito tributario como en el de la Seguridad Social, que antes no eran viables. Estos controles mediante cruces de datos fueron iniciados por la Agencia Tributaria, en orden a la declaración en el impuesto sobre la renta de las prestaciones abonadas por instituciones de Seguridad Social de otros Estados miembros a residentes en España. También la Seguridad Social ha utilizado los cruces de datos para iniciar controles sobre el cumplimiento de requisitos necesarios para el acceso a prestaciones que pueden ser afectados por la percepción de prestaciones extranjeras, así como para controlar las normas sobre incompatibilidad de prestaciones, en cuanto tales incompatibilidades pueden extenderse a la percepción de prestaciones en otros Estados de la UE, del EEE o de Suiza.

No obstante los controles puestos en marcha por las Administraciones españolas han sufrido las consecuencias de un insuficiente análisis de la materia desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, las libertades de circulación en el mercado interior y los Reglamentos europeos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. El trabajo se dedica específicamente a las consecuencias de la aplicación de los Reglamentos europeos de Seguridad Social y de la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los mismos sobre la acumulación de prestaciones de diversos Estados miembros.

Los Reglamentos contienen dos tipos de normas al respecto: aquéllas que tienen por objeto evitar que la propia aplicación de los Reglamentos permita generar prestaciones duplicadas por el mismo periodo de seguro y aquellas otras que tienen por objeto coordinar la aplicación de las normas nacionales antiacumulación.

El primer tipo de normas antiacumulación, destinado a evitar duplicidades indebidas como consecuencia de la aplicación de los propios Reglamentos, han permanecido sustancialmente idénticas desde el Reglamento 3 de 1958 hasta el actual Reglamento 883/2004, pasando por el Reglamento 1408/71. De lo que se trata es de evitar que por un mismo periodo de seguro la aplicación del Reglamento permita lucrar dos o más prestaciones de la misma naturaleza en diversos Estados miembros. Esta prohibición de acumulación tiene como excepción las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia para cuya coordinación se aplican los principios de totalización y prorrateo. El prorrateo implica precisamente la posibilidad de generar diversas prestaciones parciales en cada Estado donde el trabajador ha estado asegurado, por lo que el mismo sistema implica necesariamente la compatibilidad de las prestaciones resultantes.

El otro tipo son las reglas de coordinación de las normas nacionales antiacumulación, esto es, que imponen la reducción, la suspensión o la supresión de una prestación en un Estado miembro por causa del disfrute de otra prestación de Seguridad Social en otro Estado miembro o por los ingresos obtenidos en otro Estado miembro. El principio general establecido tanto en el Reglamento 3 como en el Reglamento 1408/71 es que las cláusulas nacionales antiacumulación tienen efectos transfronterizos en virtud de los Reglamentos comunitarios, esto es, la reducción, suspensión o supresión prevista en la norma nacional por

conurrencia con otra prestación o con ingresos del beneficiario por otra causa se aplican, aunque el hecho determinante se haya producido en otro Estado miembro.

También en este caso se excepciona de la aplicación de las normas antiacumulación nacionales a las prestaciones de invalidez, vejez o supervivencia para cuyo cálculo se aplican los principios de totalización y prorrateo, incluso si concurren con prestaciones de otro Estado miembro que se han generado solamente por su legislación nacional y los periodos de seguro cubiertos bajo la misma. Este supuesto fue ganando complejidad hasta llevar a que por el Reglamento 1248/92 se introdujeran en el Reglamento 1408/71 tres artículos específicos para regularlo: 46 bis, 46 ter y 46 quáter. En el marco de esa reforma se introdujeron algunos principios básicos para las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, entre los cuales están la exigencia de que la norma nacional antiacumulación tenga conferidos expresamente efectos transfronterizos y que, en caso de ser aplicable, la reducción de la prestación no puede exceder del importe de la prestación efectivamente percibida en el otro Estado miembro.

El Tribunal de Justicia, mediante una doctrina que fijó a lo largo de los años setenta y ochenta desde la sentencia *Duffy*, de 10 de diciembre de 1969, distinguió entre las prestaciones generadas mediante aplicación de los Reglamentos europeos y las prestaciones generadas exclusivamente mediante la aplicación de la legislación nacional. A las primeras le son aplicables las reglas contenidas en los Reglamentos de coordinación de las normas antiacumulación nacionales, mientras que a las segundas les son aplicables solamente las normas nacionales antiacumulación, sin poder prevalerse de la extensión de efectos transfronterizos prevista en los Reglamentos. Esto obliga a que las normas nacionales antiacumulación, cuando se aplican a prestaciones generadas con arreglo exclusivamente a la legislación nacional del Estado miembro, solamente puedan producir efectos transfronterizos cuando expresamente lo prevean.

Esta exigencia, referida a las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, ha sido asumida por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español a partir de la sentencia de 29 de junio de 2018 (RCUD 4102/2016).

Bajo el Reglamento 883/2004 las reglas de coordinación de las normas nacionales antiacumulación aplicables a las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia son sustancialmente idénticas a las contenidas en el Reglamento 1408/71. Sin embargo las reglas aplicables a las restantes prestaciones, o a la acumulación de prestaciones con ingresos en otros Estados, han cambiado, pasando a incluirse dentro del concepto de “asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos” del artículo 5. Dado que la base jurídica del Reglamento 883/2004 no solamente es el artículo 42 TFUE, sino también el artículo 308 TFUE, es dudoso si sigue vigente el criterio del Tribunal de Justicia según el cual esas normas solamente se aplican a prestaciones calculadas conforme a los Reglamentos, pero no a las prestaciones causadas en base exclusivamente a la legislación del Estado miembro. Si así fuese ya no sería exigible que las normas nacionales contemplen expresamente sus efectos transfronterizos, porque los mismos vendrían dados en todo caso por el artículo 5 del Reglamento 883/2004, pero esa conclusión no está en modo alguno clara y requerirá de nuevos pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Esa exigencia se mantiene sin embargo en el artículo 53.3.a del Reglamento para las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia cuando concurren con otras prestaciones de Seguridad Social de la misma o distinta naturaleza.

Palabras clave: Acumulación de prestaciones; aplicación temporal del reglamento 883/2004; asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos; base jurídica de los Reglamentos de coordinación; carácter externo o transfronterizo de las normas antiacumulación; cláusulas de reducción; de suspensión o de supresión; coordinación de sistemas nacionales de Seguridad Social; cruce de datos de beneficiarios por las Administraciones nacionales; incompatibilidades de las prestaciones de Seguridad Social; irretroactividad de las normas antiacumulación; non-cumul; normas antiacumulación o anti-cúmulo; totalización y prorrateo; tributación de residentes por prestaciones de Seguridad Social extranjeras.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT

In recent years there has been an improvement in the exchange of data between Member States of the European Union on the beneficiaries of Social Security benefits. Thanks to this, the Spanish Administration has put control systems into practice, both in the fiscal and in the Social Security areas, which were not feasible previously. These controls were made by data cross-checking and were initiated by the Tax Agency, in order to declare, in the income tax, the benefits paid by Social Security institutions of other Member States to residents in Spain. The Social Security has also used data cross-checking to initiate controls on compliance with the necessary requirements for access to benefits that may be affected by the receipt of foreign benefits, as well as to control the rules on incompatibility of benefits, as such incompatibilities may extend to the benefits in other EU states, the EEA or Switzerland.

However, the controls implemented by the Spanish Administrations have suffered the consequences of insufficient analysis of the matter from the point of view of the European Union law, the freedom of movement in the internal market and the European Regulations for the coordination of Social Security systems. This paper is specifically devoted to the consequences of the implementation of European Social Security Regulations and the jurisprudence issued by the Court of Justice of the European Union in relation to them on the accumulation of benefits of various Member States.

The Regulations contain two types of rules in this regard: those that are intended to prevent the own implementation of the Regulations from generating duplicate benefits for the same period of insurance and those ones whose purpose is to coordinate the implementation of national anti-accumulation regulations.

The first type of anti-accumulation regulations, designed to avoid undue duplication as a result of the implementation of their own Regulations, have remained substantially the same from Regulation 3 of 1958, then Regulation 1408/71 and currently Regulation 883/2004. The aim is to avoid that, for the same period of insurance, the application of the Regulation allows two or more benefits of the same nature to be enjoyed in different Member States. This prohibition of accumulation has the exception of invalidity, old age and survivors' benefits for whose coordination the principles of totalization and pro rata calculation apply. Indeed, pro rata calculation implies the possibility of generating various partial benefits in each State where the worker is a beneficiary, so the same system necessarily implies the compatibility of the resulting benefits.

The other type are the rules of coordination of the national anti-accumulation regulations, that is, that impose the reduction, suspension or elimination of a benefit in one Member State because of the enjoyment of another Social Security benefit in another Member State or due to the income obtained in another Member State. The general principle established both in Regulation 3 and in Regulation 1408/71 is that national anti-accumulation clauses have cross-border effects under the Community Regulations, that is, the reduction, suspension or elimination provided for in the national rule by concurrence with another benefit or income from the beneficiary for another reason apply, even if the determining event occurred in another Member State.

Also, the national anti-accumulation rules do not apply to cases of invalidity, old-age or survivors' benefits for which calculation is done by means of the principles of totalisation and pro rata calculation, even if they concur with benefits from another Member State that have only been generated by its national legislation and the periods of insurance covered by it. This assumption was gaining complexity until three specific articles were introduced in Regulation 1408/71 by means of Regulation 1248/92: 46 bis, 46 ter y 46 quáter. Within the

framework of this reform, some basic principles were introduced for invalidity, old-age and survivors' benefits, among which is the requirement that the national anti-accumulation regulation specifically has cross-border effects and that, if applicable, the reduction of the benefit cannot exceed the amount of the benefit actually received in the other Member State.

The Court of Justice, by means of a doctrine that it established throughout the 1970s and 1980s after the Duffy ruling of 10 December 1969, distinguished between the benefits generated through implementation of the European Regulations and the benefits generated exclusively through the implementation of national legislation. The rules contained in the Regulations for the Coordination of National Anti-Accumulation Regulations are applicable to the former, while only the national anti-accumulation regulations are applied to the latter, without being able to take advantage of the extension of cross-border effects provided for in the Regulations. This requires that national anti-accumulation regulations, when applied to benefits generated exclusively according to the national legislation of the Member State, can only produce cross-border effects when they specifically provide for it.

This requirement, referred to invalidity, old age and survivors' benefits, has been assumed by the jurisprudence of the Social Chamber of the Spanish Supreme Court as of the judgement of 29 June 2018, RCU (Unification of Legal Doctrine) 4102/2016.

According to Regulation 883/2004, the rules of coordination of the national anti-accumulation rules applicable to invalidity, old-age and survivors' benefits are substantially identical to those contained in Regulation 1408/71. However, the rules applicable to other benefits, or the accumulation of benefits with income in other States, have changed, being included in the concept of "assimilation of benefits, income, facts or events" of Article 5. Given that the legal basis of Regulation 883/2004 is not only Article 42 TFEU, but also Article 308 TFEU, it is doubtful whether the Court's criterion according to which those rules only apply to benefits calculated in accordance with Regulations, but not to benefits caused on the sole basis of the legislation of the Member State. If this were the case, it would no longer be necessary for national rules to expressly contemplate their cross-border effects, because they would be given in any case by Article 5 of Regulation 883/2004, but that conclusion is by no means clear and will require new pronouncements from the Court of Justice. However, this requirement is maintained in Article 53.3.a of the Regulation for invalidity, old-age and survivors' benefits when they concur with other Social Security benefits of the same or different nature.

Keywords: Accumulation of benefits; temporary implementation of Regulation 883/2004; assimilation of benefits, income, facts or events; legal basis of the Coordination Regulations; external or cross-border nature of anti-accumulation regulations; reduction, suspension or suppression clauses; coordination of National Social Security Systems; data cross-checking of beneficiaries by national Administrations; incompatibilities of Social Security benefits; non-retroactivity of anti-accumulation regulations; non-cumul; anti-accumulation regulations; totalisation and pro rata calculation; taxation of residents for foreign Social Security benefits.

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación del principio de igualdad de trato y sobre las cláusulas anticúmulo en materia de pensiones

The doctrine of the Court of Justice of the European Union in the application of the principle of equal treatment and on anti-cumulative clauses on pensions

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA*

INTRODUCCIÓN

Para garantizar el principio de libre circulación de los trabajadores y en particular el ejercicio del derecho a residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en dicho Estado un empleo, el artículo 45 TFUE dispone que la libre circulación de trabajadores supone la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros. Igualmente para garantizar el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (artículo 21 TFUE), el artículo 48 TFUE dispone que el Parlamento y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de Seguridad Social,

las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los periodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de estas; y b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

Pues bien, para garantizar estos objetivos indicados en materia de Seguridad Social, resulta fundamental la aplicación del principio de igualdad de trato en sus distintas variantes: igualdad de trato con independencia de la residencia, igualdad de trato por razón de la nacionalidad, igualdad por razón del sexo del trabajador, entre nacionales migrantes y sedentario, así como el establecimiento de reglas que permitan que la compatibilización de las pensiones generadas en diversos Estados

* Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

no se vean reducidas, suspendidas o suprimidas injustificadamente. Sobre estas cuestiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado numerosas sentencias que han dado lugar a un importante cuerpo doctrinal que ha permitido ajustar las legislaciones nacionales y las actuaciones administrativas al principio de libre circulación de trabajadores.

En el presente trabajo se pretende realizar un recorrido por algunas de las sentencias más significativas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de igualdad de trato y sobre la aplicación de cláusulas anti-cúmulo entre pensiones.

LA SUPRESIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE RESIDENCIA

Para la consecución del objetivo de la libre circulación e igualdad de trato, el artículo 7 del Reglamento 883/2004 dispone la supresión de las cláusulas de residencia. En este sentido, la norma establece que en el ámbito de aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del propio reglamento no podrán sufrir reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora.

Sobre la aplicación de esta disposición se ha manifestado en variadas ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con distintos aspectos de las regulaciones nacionales de las pensiones. En este sentido la jurisprudencia comunitaria ha declarado en numerosas ocasiones que los objetivos establecidos en los artículos 45 y 48 TFUE no se alcanzarían si como consecuencia del ejercicio del derecho a la libre circulación de los trabajadores, los beneficiarios de la Seguridad Social tuvieran que perder los beneficios que les concede la legislación de un Estado miembro, y en particular, cuando tales beneficios suponen la contrapartida de las cotizaciones que pagaron.

No obstante, en relación con las prestaciones especiales de carácter no contributivo, el Tribunal de Justicia ha declarado que el legislador comunitario puede legítimamente adoptar, en el contexto de la aplicación del actual artículo 48 TFUE, disposiciones que establezcan excepciones al principio de exportabilidad de las prestaciones, de manera que por razones estrechamente ligadas al entorno social cabe legítimamente imponer como requisito constitutivo de un derecho la residencia en el Estado de la institución competente, si bien esta circunstancia debe interpretarse restrictivamente.

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1997 (Snares C-20/1997 consideró que la DLA¹ consistente el subsidio de subsistencia para discapacitados caracterizada como una prestación no contributiva, que no está supeditado ni a la declaración de invalidez ni a ningún requisito de recursos, puede someterse al requisito de residencia, por entender que esta prestación está comprendida en la categoría de las prestaciones cuyas modalidades de concesión se hallan estrechamente vinculadas a un contexto económico y social particular. No obstante, la sujeción al requisito de residencia para obtener la prestación se ha de entender sin perjuicio de que el Estado de residencia esté obligado, en su caso, a tener en cuenta los periodos de empleo, de actividad profesional por cuenta ajena o de residencia cumplidos en otros Estados miembros para considerar las prestaciones debidas.

A la misma conclusión se llega en la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de julio

¹ La *Disability Allowance and Disability Working Allowance Act 1991* constituye una prestación de carácter no contributivo, que no presupone incapacidad laboral alguna y su disfrute no está supeditado a ningún requisito relativo a recursos económicos. Se desglosa en dos componentes; un componente de "ayuda", destinado a las personas dependientes y que corresponde a la antigua AA, y un componente "movilidad", para aquellas personas que tengan limitada su capacidad para desplazarse, y que corresponde a la antigua MA. El componente "ayuda" se abona en tres módulos distintos en función de la índole de la incapacidad de la persona y del grado de asistencia requerido, en tanto que el componente de "movilidad" se abona en dos módulos distintos, según la naturaleza y la importancia de la limitación de la capacidad de desplazamiento.

de 2006 asunto Kersbergen-Lap y Dams Schipper C-154/05 al determinar en su apartado 33 que la prestación de la Wajong² holandesa debe considerarse como una prestación especial no sujeta a la cláusula de residencia al tratarse de una prestación sustitutoria destinada a las personas que reúnen los requisitos del seguro de invalidez que asegura unos ingresos mínimos a los jóvenes discapacitados y que está estrechamente ligada al contexto socio-económico de los Países Bajos, puesto que se calcula en función del salario mínimo y del nivel de vida en este Estado miembro.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Europeo de 29 de abril de 2004 C-160/02, asunto Skalka permite condicionar al requisito de residencia el suplemento compensatorio austriaco para las pensiones de jubilación en tanto prestación de naturaleza especial y de carácter no contributivo que pretende garantizar medios mínimos de subsistencia a su beneficiario para los casos en los que la pensión sea insuficiente y ello pese a que su concesión se base en criterios objetivos definidos por la ley, y esté estrechamente relacionada con la situación económica y social del país.

En todo caso, la existencia de las especiales circunstancias que permitan establecer una cláusula de residencia han de acreditarse

² La Wajong dispone que se abone una prestación mínima a los jóvenes que padezcan una incapacidad laboral total o parcial de larga duración ya con anterioridad a su ingreso en el mercado de trabajo. Se consideran jóvenes discapacitados los residentes que ya sufrían una incapacidad laboral en el momento de cumplir la edad de 17 años o que, si les afecta ulteriormente, cursaren estudios durante al menos seis meses a lo largo del año inmediatamente anterior al día en que apareciera su incapacidad laboral. No se puede percibir la prestación antes de cumplir la edad de 18 años. El importe de la prestación que se concede con arreglo a la Wajong depende del grado de incapacidad laboral y asciende al 70% del salario mínimo legal en caso de incapacidad laboral total. El derecho a esta prestación no está sujeto al pago de prima o cotización alguna. Tampoco está supeditado a ninguna condición relativa a los recursos propios del beneficiario, pero la prestación puede ser reducida si se obtienen ingresos derivados del trabajo o si se acumula esta prestación con otras prestaciones de incapacidad laboral. En estos términos, el artículo 17.1 de la Wajong dispone que el derecho a la prestación de incapacidad laboral se extingue (...) el primer día del mes siguiente a aquel en que el joven discapacitado haya trasladado su residencia fuera de los Países Bajos".

y justificarse. Así la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008 asunto Jön Petersen C-228/07 señala que exigir el requisito de residencia resulta desproporcionado para abonar el subsidio establecido durante la resolución de la pensión de invalidez cuando este requisito no esté sujeto a ningún control específico por parte del Servicio de Empleo del Estado miembro interesado, al estar dispensado el trabajador de cumplir obligaciones para demostrar su capacidad para trabajar y su voluntad de hacerlo así como su disponibilidad en el mercado de trabajo. Por tanto, en tanto en cuanto de los datos obrantes no se desprende elemento alguno que justifique objetivamente un requisito de residencia, éste debe considerarse incompatible con el principio de libertad de circulación de trabajadores enunciado en el artículo 45 TFUE.

De la misma manera la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1990, asunto Comisión contra la Republica Francesa C-236/88 estima que pese a que el Gobierno francés alega que el subsidio suplementario de las pensiones de vejez, invalidez o muerte se concede teniendo en cuenta un entorno económico y social preciso puesto que pretende asegurar un mínimo de medios de vida en Francia, el hecho de que el pago de este subsidio forme parte del régimen de Seguridad Social que complementa y se califique como accesorio de las prestaciones de este régimen determina que la consideración del entorno económico no constituya una justificación suficiente para distinguirlo de la pensión de la que constituye, de pleno derecho, un elemento accesorio. Por tanto supeditar el pago de la prestación a la residencia del Estado francés resulta incompatible con el principio de libertad de circulación.

La sentencia de 18 de diciembre de 2007 C-396/05, C-419/05 y 450/05 asuntos acumulados Doris Habelt, Martha Möser y Peter Wachter aplica la regla general de prohibición del establecimiento de cláusulas de residencia para causar y mantener las prestaciones de Seguridad Social indicadas en el artículo 3.1 del Reglamento 883/2004, cuando estas no aparezcan ligadas al entorno social característico del Estado miembro que las ha instaurado. De esta manera el Tribunal de Justicia declara contrario al principio de libre circula-

ción condicionar, a efectos del acceso y cálculo de las prestaciones de vejez, el cómputo de periodos de cotización cubiertos entre 1937 y 1945 en partes del territorio en que se aplicaban las leyes en materia de seguridad social del Reich alemán pero que no estaban situadas fuera del de la República Federal Alemana, a que el beneficiario resida en Alemania. .

En la misma línea se pronuncia la sentencia del TJUE de 13 de julio de 2016 C-187/15 asunto Joachim Pöppert³ que declara que resulta contrario a libertad consagrada en el artículo 45 TFUE una normativa nacional como la alemana que determina que un funcionario de un Estado miembro, que renuncia voluntariamente a su condición de funcionario para ejercer un empleo en otro Estado miembro pierda sus derechos a una pensión de jubilación en virtud del régimen de jubilación de funcionarios y solo pueda quedar afiliado con carácter retroactivo al régimen general del seguro de pensiones por el que se reconoce una pensión inferior a la que resultaría de aplicarse el régimen de la función pública.

El Tribunal recuerda al órgano judicial a quo que una interpretación del derecho alemán conforme a lo dispuesto en el artículo 45 TFUE exige el órgano jurisdiccional nacional deba tomar en consideración la totalidad del derecho interno y aplique los métodos de interpretación reconocidos por éste, realice todo lo que sea de su competencia para garantizar la plena eficacia del derecho comunitario. Esta misma consideración se realiza en las sentencias del Tribunal de 24 de enero de 2012 asunto Dominguez C-282/10 aparta-

³ La sentencia analiza la situación de un funcionario que ha trabajado en la función pública durante más de veinte años que renuncia a su condición de funcionario antes de la jubilación, dándose lugar a la pérdida de derechos a una pensión de jubilación correspondiente a los años de servicios prestados bajo el régimen de pensión de jubilación de los funcionarios y supone la afiliación retroactiva al régimen general del seguro de pensiones, que da derecho a una pensión de jubilación considerablemente inferior a la que le correspondería de no haberse producido tal renuncia. Además de la resolución judicial de remisión se desprende que los antiguos funcionarios que han renunciado a su condición de funcionarios en dichos Länder pueden conservar los derechos adquiridos en virtud del régimen de pensión de jubilación de los funcionarios lo que supone una medida menos restrictiva.

do 27 y de 11 de noviembre de 2015 asunto Klausner Holz Niedersachsen C-505/14 apartado 34). No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión señala que esta interpretación conforme al derecho comunitario tiene ciertos límites, particularmente el respeto a los principios generales del derecho y por tanto no se puede realizar una interpretación *contra legem* del derecho nacional, lo que también se señala en las sentencias de 15 de abril de 2008, asunto Impact C-268/06 apartado 100, y la sentencia de 15 de enero de 2014 asunto Association de Mediation Sociales C-176/12 apartado 39.

De esta forma, la sentencia indica que cuando el derecho nacional prevé un trato diferenciado entre varios grupos de personas infringiendo lo dispuesto en el Derecho de la Unión, los miembros del grupo perjudicado deben recibir un mismo trato y ha de aplicárseles el mismo régimen que a los demás interesados. Por consiguiente, los funcionarios alemanes que han renunciado a su condición de funcionarios con el fin de ejercer un empleo similar en un Estado miembro distinto de la República Federal Alemana deben disponer de derecho a una pensión de jubilación comparable a los derechos que habrían adquirido mientras estaban al servicio del empleador público inicial.

En todo caso, como señala la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008, asunto K.D Chuck C-331/06, la prohibición de las cláusulas de residencia en los términos establecidos en el artículo 7 del Reglamento 883/2004 no determina el derecho a exigir que se reciba el pago de una pensión en cualquier Estado miembro, pues el Reglamento ni ninguna otra disposición de derecho comunitario establece un mandato a los Estados miembros a abonar las pensiones en Estados terceros, por lo que las modalidades prácticas establecidas para realizar el pago de una pensión de jubilación quedan sujetas a las disposiciones del derecho nacional del Estado miembro de la institución deudora.

La sentencia del TJUE de 18 de abril de 2013, asunto Edgard Mulders C-548/11 declara también que se considera prohibida una cláusula de residencia como la establecida

en la normativa de un Estado miembro⁴ que excluye un periodo asegurado para calcular una pensión de jubilación de un trabajador migrante todo el periodo durante el cual éste cotizó al seguro de vejez, pese a que consta que dicho periodo habría sido computado de haber tenido el interesado su residencia en ese Estado miembro. La sentencia recuerda la doctrina dictada en por el mismo Tribunal en 17 de enero de 2012 asunto A. Salemink C-347/10 que indicaba que una normativa nacional, según la cual el trabajador que ejerce su actividad en una plataforma de extracción de gas situada sobre la plataforma continental adyacente a un Estado miembro debe cumplir del requisito de residencia para poder gozar de un seguro de dicho Estado miembro era contraria a la libertad amparada por el artículo 45 TFUE.

Los obstáculos a la libertad de residencia con la finalidad de realizar un empleo pueden establecerse de forma indirecta de manera que una norma aparentemente neutral disuada u obstaculice el ejercicio de derechos o hagan menos atractivo su ejercicio a consecuencia del cambio de residencia. Este es el caso estudiado en la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de noviembre de 2014, asunto Somova C-103/13. En la sentencia se analiza el artículo 94.1 del Código de Seguridad Social de Bulgaria⁵, y determina que el requisito exigido de interrupción del pago de las cotizaciones, por fácil que pueda ser para un trabajador que ejerce su actividad en Bulgaria, puede resultar difícil, o incluso imposible, para un trabajador que disfruta de la

libertad de circulación o de la libertad de establecimiento ejerciendo una actividad profesional como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en otro Estado. De este modo se considera que los trámites administrativos a que pudiera obligar esa interrupción en otro Estado miembro puede inducir o incluso compeler a un trabajador residente en otro Estado a cesar su actividad profesional por un periodo de duración imprevisible, más amplio que el mínimo del día requerido por la normativa búlgara. En tal sentido, el Tribunal indica que dicha interrupción podría poner en peligro la continuidad de la actividad profesional de un trabajador por cuenta propia y hacer precaria la situación profesional de un trabajador por cuenta ajena, dado que tras la interrupción no habría ninguna garantía de que el trabajador pudiera continuar con su trabajo y encontrar otro. Asimismo la interrupción podría tener consecuencias negativas para la retribución, el desarrollo de la carrera y la promoción del trabajador, así como provocar la pérdida de derechos a los permisos retribuidos, una clasificación menos elevada o una menor antigüedad.

De esta forma se concluye que una disposición como el artículo 94.1 Código de Seguridad Social de Bulgaria puede impedir o disuadir a aquellos trabajadores que disfrutan de una pensión de vejez en virtud de la legislación búlgara para ejercer una actividad profesional en otro Estado miembro.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 2005, recaída en el asunto AJ Van Pommeren-Bourgodiën, analiza el establecimiento de cláusulas de residencia para mantener la afiliación al seguro de prestaciones familiares a un pensionista de invalidez residente en otro Estado miembro distinto a Países Bajos. A este respecto el Tribunal declara que el requisito de residencia impuesto por el legislador holandés para conservar la afiliación obligatoria a determinadas ramas de la Seguridad Social sólo será compatible con el artículo 45 TFUE si las condiciones de la afiliación voluntaria de los no residentes no son más desfavorables que las condiciones de afiliación obligatoria de los residentes para las mismas ramas de la Seguridad Social. De este modo, si de acuerdo con la legislación holandesa, los no residentes no gozan del dere-

⁴ El artículo 6.1 de la Ley sobre el régimen general del seguro de vejez neerlandesa establece que el cómputo como periodo asegurado, para calcular una pensión de jubilación, de un periodo de incapacidad laboral por la cual se abonó una prestación del seguro de enfermedad se supedita al requisito de que el interesado resida en territorio nacional si ha cesado toda actividad por cuenta ajena sometida al impuesto sobre la renta en los Países Bajos.

⁵ La disposición exige, para proceder a la liquidación de los derechos a pensión de vejez, una interrupción formal del pago de las cotizaciones que se traduce en el cese de la actividad profesional. Una interrupción muy breve de un día es suficiente para satisfacer ese requisito, no privándose al asegurado a ejercer tal actividad tras la liquidación de sus derechos a pensión de vejez, pudiendo compatibilizarse esta pensión con una actividad profesional retribuida.

cho a afiliarse, ni siquiera voluntariamente, al régimen de prestaciones familiares, salvo de forma parcial y transitoria, para los que estuvieron afiliados bajo la legislación anterior, resulta que los no residentes tiene un trato menos favorable que el dispensado a los residentes en lo que se refiere a estas prestaciones familiares, máxime cuando de la estádística se puede concluir que las afiliaciones voluntarias son poco atractivas y que los no residentes encuentran dificultades para afiliarse voluntariamente.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado diversas sentencias sobre el establecimiento de cláusulas de residencia de acuerdo con lo dispuesto en aplicación de los Acuerdos de Asociación de la Unión Europea con terceros Estados aplicando las mismas reglas establecidas en los reglamentos de coordinación. En este sentido la sentencia del TJUE de 26 de mayo de 2011, asunto Akdas y otros C-485/07 declara que resulta incompatible con el principio de supresión de cláusulas de residencia establecido en el artículo 7 del Reglamento 883/2004 y al artículo 6 de la Decisión 3/80 de aplicación del Protocolo Adicional del Acuerdo de Asociación CEE-Turquía, un precepto como el establecido en el artículo 4.a) de la Ley sobre el seguro de incapacidad laboral de Holanda que exige para percibir una prestación complementaria la residencia en el Estado miembro concedente de la prestación a los trabajadores turcos que han regresado a Turquía tras haber perdido su derecho a residencia en el Estado miembro de acogida debido a que fueron declarados en situación de invalidez en dicho Estado. El Tribunal considera que no puede compararse válidamente a estos trabajadores turcos no residente con los nacionales de otros Estados de la Unión en la medida que estos últimos, titulares del derecho a circular y residir libremente en territorio de los Estados miembros y que conservan de este modo su derecho de circular y residir libremente en territorio de los Estados miembros y que por ende conservan por tanto su derecho de residencia en el Estado miembro que concede la prestación de que se trata, pueden optar entre residir y no residir en el Estado miembro a efectos de percibir la prestación controvertida, tal como ya se declaró en

la sentencia de 18 de julio de 2007 asunto Derin C-326/05 apartado 68, y de 22 de diciembre de 2010 asunto Bozkurt C-303/08

En parecidos términos se manifiesta la sentencia de 28 de abril de 2004 asunto Öztürk C-373/02 en la interpretación del Acuerdo de Asociación CEE-Turquía, la Decisión 3/80, el Acuerdo sobre Seguridad Social austriaco-alemán y las normas comunitarias de coordinación considerando que estas normas son incompatibles con una disposición como la establecida en el artículo 353 bis de la Ley General de la Seguridad Social de Austria que exige para obtener una prestación de jubilación anticipada por razón de desempleo el requisito de que el interesado haya percibido durante un determinado periodo anterior a la solicitud de pensión, prestaciones del seguro de desempleo únicamente en Austria.

En el asunto principal el trabajador, de origen turco había trabajado en Austria y en el momento de solicitarse la prestación de jubilación de vejez anticipada residía en Alemania, siendo necesario según el Tribunal de Justicia, acreditar si la exigencia del requisito de haber percibido prestaciones de desempleo en el Estado competente para reconocer la pensión de vejez responde a un objetivo legítimo de política social en la medida en que la pensión de vejez anticipada por razón de desempleo constituye una medida de protección social a favor de los desempleados, habida cuenta de la situación del empleo en el Estado miembro de que se trata. El Tribunal considera que en este caso la medida cuestionada no constituye un objetivo legítimo de política social puesto, que si bien es cierto, que una prestación como la controvertida se asigna a un trabajador cuya reincorporación a la vida activa actual resulta difícil y que se enmarca efectivamente dentro de una política nacional de empleo, no se puede calificar como una prestación de desempleo, sino como una prestación de vejez pues, aunque dicha prestación se reconoce antes de que el interesado haya alcanzado la edad de jubilación siempre que se encuentre en una situación de desempleo de larga duración, lo cierto es que el importe de la prestación se calcula en función de los periodos de cotización del asegurado al régimen de seguro de vejez del Estado miembro.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO POR RAZÓN DE NACIONALIDAD

Como indicábamos en el apartado anterior, el derecho a la libre circulación de trabajadores también se garantiza mediante la aplicación del principio de igualdad de trato por razón de nacionalidad señalando a este respecto, el artículo 4 del Reglamento 883/2004 que las personas que residan en un Estado miembro distintos del que son nacionales, a las cuales les sean aplicables las disposiciones del referido reglamento, podrán acogerse a los beneficios y estarán a su vez, sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. En este sentido, el mismo principio resultará de aplicación a los trabajadores que han ejercido su libertad de circulación en relación con aquellos que no ejercieron tal derecho.

Ahora bien, este principio se limita a los supuestos en los que los beneficios que se pretenden se fundan en la consideración de trabajador o de residente, y así, la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 2004 asunto Josef Baldinger C-386/02 dispone que una prestación mensual como la prevista en el artículo 11 de la ley relativa a la indemnización de los prisioneros de guerra de la primera y segunda guerra en Austria, que supedita su reconocimiento a ostentar nacionalidad austriaca no es contraria al artículo 45 TFUE al no estar comprendida dentro de las ventajas concedidas a un trabajador nacional en razón de su condición de trabajador o de residente en el territorio nacional. De este modo, dentro de las condiciones de retribución o de trabajo de los trabajadores no se pueden incluir las prestaciones indemnizatorias vinculadas a los servicios prestados por los ciudadanos en tiempo de guerra a su propio país pues la finalidad esencial de estas indemnizaciones es la de conceder a estos ciudadanos una ventaja en razón de las tribulaciones soportadas por dicho país.

Como vimos ocurría en relación con el establecimiento de cláusulas por residencia el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de analizar el principio de igualdad de trato por razón de nacionalidad en la aplicación de los Acuerdos de Asociación de la con terceros Es-

tados, en concreto con Marruecos y con Turquía. Así la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 2001 asunto Hassan Fahmi y M. Emoris Cerdeiro-Pinedo Amado C-33/99 que analiza el principio de discriminación por razón de nacionalidad relativo a los beneficios familiares establecidos a favor de los titulares de una pensión de invalidez holandesa. La referida sentencia considera que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41 del Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos cuando se excluye de la prestación a los hijos a cargo de un trabajador marroquí que no residen en la Unión Europea pues el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad establecido en el citado artículo 41 queda limitado en su apartado 3 que establece que los trabajadores se beneficiarán de las prestaciones familiares para los miembros de sus familias cuando aquellos residan dentro de la Unión Europea.

El auto del Tribunal de Justicia de 13 de junio en el asunto Ameur Echouikh C-336/05 analiza la posible discriminación por razón de nacionalidad a consecuencia de la denegación de una pensión militar de invalidez a un ciudadano de nacionalidad marroquí residente en Francia⁶.

⁶ El Sr. Ameur Echouikh ciudadano marroquí residente en Francia sirvió para el ejército francés desde el 19 de agosto de 1949 al 16 de agosto de 1964, solicitó una pensión de invalidez, a causa de las secuelas de una enfermedad detectada el 26 de febrero de 1953 en Saigón, donde se encontraba al servicio del ejército francés.

La pensión fue denegada en aplicación del artículo 71 de la Ley de diciembre de 1959, por el que la República Francesa, a partir del 1 de enero de 1961, había dejado de reconocer todo derecho derivado del código de pensiones militares de invalidez y de las víctimas de guerra, a los nacionales de los Estados terceros relacionados en dicho artículo entre los se encontraba el reino de Marruecos.

El artículo 64.1 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre las Comunidades Europeas y sus estados Miembros y el reino de Marruecos establece cada uno de los Estados miembros concederá a los trabajadores de nacionalidad marroquí empleados en su territorio un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a sus propios nacionales, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, remuneración y despido.

El artículo 65.1 del Acuerdo de asociación dispone que: "salvo lo dispuesto en los apartados siguientes, los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de sus familias que

En primer lugar, el Tribunal invoca el efecto directo del artículo 65.1 del Acuerdo de Asociación que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social de los nacionales marroquíes y argelinos en relación con los nacionales del Estado miembro de acogida a pesar de que el Consejo de Cooperación previstos para estos acuerdos no haya adoptado medidas aplicativas.

Por otra parte para determinar el alcance del principio de no discriminación procede verificar si el Sr. Echoukh es un “trabajador” y en segundo lugar su una pensión militar de invalidez entra dentro del concepto de la “seguridad social”.

Con respecto al concepto de “trabajador”, este término comprende tanto a los trabajadores en activo como a los que han abandonado el mercado de trabajo después de haber alcanzado la edad necesaria para disfrutar una pensión de vejez o después de haber sido víctimas de una de las contingencias que dan derecho a prestaciones de la Seguridad Social. Igualmente el hecho de que el interesado sirviera en el ejército del Estado de acogida, no impide su consideración como trabajador pues el Tribunal de Justicia ha declarado en la sentencia de 13 de noviembre de 1997 asunto *Grahame y Hillanders C-248/96* apartados 27 a 33, que una persona que presta servicio militar durante un periodo, voluntaria u obligatoriamente, debe ser considerada trabajador habida cuenta de la relación de subordinación que caracteriza el cumplimiento de sus prestaciones al servicio del ejército, a cambio de las cuales percibe una retribución. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia señala que el artículo 65.1 párrafo segundo contempla la pensión de invalidez dentro de los secto-

residan con ellos se beneficiarán, en el sector de la seguridad social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde están empleados.

La noción de Seguridad Social cubre los aspectos de la seguridad social que se refieren a las prestaciones de enfermedad y maternidad, las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, los subsidios por defunción, las prestaciones por desempleo y las prestaciones familiares.

res de la Seguridad Social amparadas por el artículo 65.1 del Acuerdo de Asociación y que como ha declarado en numerosas ocasiones, como ocurrió en la sentencias de 31 de enero de 1991 asunto *Kziber C-18/80* apartado 25, en la sentencia de 20 de abril de 2004 asunto *Yousfi C-58/93* apartado 24 y en la sentencia de 3 de octubre de 2003 asunto *Hallouzi-Choho C-126/95* apartado 25, en el auto de 12 de febrero de 2003 *Alami C-23/02* apartado 23 y en el auto de 27 de abril de 2004 *Haddad C-358/02* apartado 27, el concepto de Seguridad Social recogido en el Acuerdo de Asociación es el mismo que se recoge en los reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, por lo que la pensión militar de invalidez controvertida entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 65.1 del Acuerdo de Asociación y por ende, los trabajadores migrantes marroquíes deben ser tratados como si fueran nacionales de los Estados miembros, lo que determina que una norma nacional que prohíbe el reconocimiento de una pensión de invalidez por el hecho de que el solicitante, residente en Francia, tiene nacionalidad marroquí resulta incompatible con el principio de no discriminación enunciado en el artículo 65.1 del Acuerdo de Asociación.

Finalmente, el Tribunal de Justicia recuerda que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y, para ello, éste se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, y en tal sentido el Convenio Europeo de Derechos Humanos reviste en este contexto un significado particular, tal como ya declaró el Tribunal en su sentencia de 12 de junio de 2003 asunto *Schmidberger C112/00*.

El auto del Tribunal de Justicia de 17 de abril de 2007 asunto *Mamate El Youssfi C-276/06* aplica también el artículo 65.1 del Acuerdo de Asociación Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre las Comunidades Europeas y sus estados Miembros y el reino de Marruecos en relación con el

derecho al percibo de la garantía de ingresos que establece la legislación belga a favor de las personas de edad avanzada⁷.

El Tribunal de Justicia señala que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65.1 del acuerdo de asociación se debe considerar incompatible con el principio de no discriminación por la exigencia de la nacionalidad del Estado miembro interesado, sino también de cualquier otro requisito que no se le exija a los nacionales.

Por otra parte, las prestaciones de carácter no contributivo del tipo de garantía legal de ingresos para las personas de edad avanzada establecida por la Ley de 22 de marzo de 2001, siempre que vayan destinadas a cubrir, con carácter supletorio, complementario o accesorio, las contingencias correspondientes a las ramas contempladas en las ramas de seguridad social en las que se encuentra las prestaciones por vejez, estarán comprendidas en el campo de aplicación objetivo de los reglamentos de coordinación de los sistemas de seguridad social. En este sentido, no le cabe duda al Tribunal de Justicia que las

prestaciones del tipo de la garantía legal de ingresos para las personas de edad avanzada, que tiene por objeto garantizar un mínimo de medios de subsistencia a quienes tengan al menos 65 años de edad y no alcance un determinado umbral de recursos, está incluida dentro del ámbito de la Seguridad Social en el sentido del artículo 65.1 del Acuerdo de Asociación, aun cuando la prestación de que se trata en el litigio principal presente también características propias de la asistencia social, careciendo de pertinencia la circunstancia de que la Ley de 22 de marzo de 2001 conciba la prestación que instituye como un derecho propio y no como un derecho derivado que pueda adquirir la demandante en el litigio principal en su calidad de miembro de la familia de un trabajador migrante.

En cuanto a la posibilidad de que la Sra. El Youssfi pueda estar incluida en el ámbito subjetivo del artículo 65.1 del Acuerdo de Asociación, el Tribunal de Justicia considera que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si esta puede ser considerada trabajadora por haber tenido en Bélgica con anterioridad la condición de trabajadora. Por otra parte hay que tener en cuenta que el artículo 65.1 del Acuerdo de Asociación no solo comprende a los trabajadores sino también a los miembros de sus familias, lo que incluye tanto al cónyuge y a los descendientes del trabajador como a personas que tienen con el trabajador una estrecha relación de parentesco como, en concreto los ascendientes o parientes por afinidad tal como se declara en la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1999 asunto Mesbah C-179/98 apartado 46. Por tanto, la Sra. El Youssfi en su condición de viuda podría tener la consideración de miembro de familia si se demostrara que su finado cónyuge tuvo en Bélgica la categoría de miembro de familia de un trabajador. En todo caso la actora tiene la condición de miembro de la familia de un trabajador en tanto en cuanto reside en Bélgica con su hijo, que posee, a un tiempo, la condición de trabajador y la nacionalidad marroquí.

Por tanto, procede concluir que el artículo 65.1 del acuerdo de Asociación CEE y Reino de Marruecos debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el Estado miembro de acogida deniegue el reconocimiento de la

⁷ La Sra. El YOUSSEFI, nacional marroquí, nacida el 1 de julio de 1939 y viuda desde 1982, tras haber hecho uso de la posibilidad de reagrupación familiar, reside legalmente en Bélgica con su hijo, también establecido en dicho Estado miembro. La Sra. El Youssfi se dirigió a la Oficina Nacional de las Pensiones de Bélgica al objeto de que se le concediera la garantía de ingresos para las personas de edad avanzada, prevista en la Ley de 22 de marzo de 2001, petición que fue desestimada por quedar acreditado su pertenencia a las categorías enumeradas en el artículo 4 de la ley de belga de 22 de marzo de 2001.

El artículo 3 de la ley de 22 de marzo de 2001 dispone que el beneficiario de la garantía de ingresos se concederá a las personas de, al menos, 65 años de edad, y según el artículo 4 el beneficiario de la garantía de ingresos mínimos debe tener su residencia principal en Bélgica y pertenecer a alguna de las categorías siguientes: 1º) personas de nacionalidad belga, 2º) personas comprendidas dentro de aplicación de los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social; 3º) apátridas comprendidos dentro del ámbito de aplicación sobre el estatuto de los apátridas; 4º) refugiados; 5º) nacionales de un país con el que Bélgica haya celebrado en la materia un convenio de reciprocidad o al que le haya reconocido la existencia de una reciprocidad de extranjeros; 5º) nacionales de un país con el que Bélgica haya celebrado en la materia un convenio de reciprocidad o al que le haya reconocido la existencia de una reciprocidad de hecho; 6º) personas de nacionalidad extranjera, siempre que tengan acceso a una pensión de jubilación o de supervivencia en virtud de algún régimen belga.

garantía de ingresos para las personas de edad avanzada a una nacional marroquí que ha alcanzado los 65 años de edad y reside legalmente en el territorio de dicho Estado si está comprendida en el ámbito de aplicación de la disposición por haber ejercido por sí misma una actividad por cuenta ajena en el Estado miembro de que se trate, o bien por ser miembro de la familia de un trabajador de nacionalidad marroquí que esté o haya estado empleado en dicho Estado miembro.

En relación con el Acuerdo con Turquía la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2000 C-102/98 asuntos acumulados Kocak C-102/98 y Ramazan Örs C-211/98, señala que no se considera discriminatorio por razón de nacionalidad en los términos establecidos en el artículo 3 de la Decisión 3/80⁸ que desarrolla el Protocolo Adicional del Acuerdo de Asociación Turquía-CEE, una norma como la establecida en el artículo 33.a) del Código Social alemán que supedita el número de afiliación a la Seguridad Social y el acceso a la pensión de vejez a la fecha de nacimiento determinada en la primera declaración ante la Seguridad Social o en su caso a la que resulte de un documento cuyo original hubiera sido

⁸ El artículo 3 de la Decisión 3/80 con la rúbrica "Igualdad de trato", dispone que "las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones de la presente decisión, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en la presente Decisión".

Por su parte el artículo 33.a) del Libro I del Código Social Alemán establece: 1) Si existen derechos u obligaciones supeditados a que se haya alcanzado o no haya superado un determinado límite de edad, la fecha de nacimiento de referencia será la que resulte de la primera declaración efectuada por el beneficiario u obligado, o por sus familiares, ante un organismo competente para la concesión de prestaciones sociales o, siempre que se trate de una declaración en el marco de las Secciones Tercera o Sexta del Libro Cuarto, ante el empresario; 2) el organismo competente para la concesión de la prestación sólo podrán prescindir de la fecha de nacimiento de referencia contemplada en el apartado 1 di comprueba: a) que ha habido un error de pluma o, b) que, en el documento cuyo original se expidió antes de efectuar la declaración prevista en el apartado 1, figura una fecha de nacimiento distinta; 3) los apartados 1 y 2 de aplican por analogía a las fechas de nacimiento que forman parte del número de afiliación o de cualquier otro código de identificación utilizado para las prestaciones sociales establecidas en el presente Código.

expedido antes de la fecha de la primera declaración sin tener en cuenta la fecha de nacimiento que se puedan derivar de la aplicación de la legislación turca.

La cuestión tiene trascendencia por las posibles discrepancias en la determinación de la edad a efectos del acceso a las prestaciones de trabajadores que a la hora de acceder a la seguridad Social podían carecer de documentación que determine con cierta veracidad la fecha de nacimientos de trabajadores emigrantes.

La sentencia señala que no se puede predicar la discriminación por razón de nacionalidad invocada por los demandantes por dos razones: de un lado, porque la normativa controvertida se aplica independientemente de la nacionalidad de los trabajadores interesados, y por otro lado, porque la normativa reconoce a los documentos que deben facilitarse para enmendar la fecha indicada en la primera declaración ante un órgano competente en materia de Seguridad Social la misma fuerza probatoria cualquiera que sea su procedencia o su origen, pues no se establece distinción alguna según el Estado en que dicho documento sea expedido, ni según el documento presentado, reconociéndose fuerza probatoria no solo a los documentos del estado civil, sino también a otros documentos, como los expedidos con ocasión de la formación escolar o el servicio militar, que permiten hacer deducciones en relación con la edad del interesado, ahora bien con la condición de que sean anterior a la declaración. Por tanto, la norma discutida no coloca a los nacionales turcos en una situación jurídica distinta de la de los nacionales del Estado miembro de residencia.

En otro ámbito material se pronuncia la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2011 asunto Landtová C-399/09 que da respuesta a la conformidad con el derecho comunitario a una resolución del Tribunal Constitucional de Chequia. La sentencia estudia si resulta discriminatoria una decisión del Tribunal Constitucional de Chequia que supedita el reconocimiento de un complemento de prestación al cumplimiento de dos requisitos acumulativos: por una parte, que el solicitante ostente la nacionalidad checa y por otra parte, que el solicitante de la presta-

ción reside en Chequia. El Tribunal de Justicia europeo señala que de la resolución del Tribunal Constitucional Checo se desprende indiscutiblemente una discriminación por razón de nacionalidad entre los nacionales del Estado y los nacionales de los demás Estados miembros. En este sentido, declara el Tribunal que deben considerarse discriminatorios los requisitos de derecho nacional que, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes, así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes. En cuanto a las consecuencias de la discriminación, el Tribunal de Justicia recuerda que el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría perjudicada las mismas ventajas que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE NACIONALES POR RAZÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA EMIGRACIÓN

En relación con la diferencia de trato entre los trabajadores migrantes y los sedentarios se pronuncia la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 2009 asunto *Ketty Leyman* C-3/08. La sentencia analiza una situación en la que la demandante que trabajó por cuenta ajena en Bélgica desde 1971 hasta 2003, Estado en el que la pensión de incapacidad permanente es de tipo A, y por tanto no sujeta en su cálculo a la acreditación de periodos de cotización, y que desde 1999 reside en Luxemburgo estando sujeta a la Seguridad Social de este último Estado miembro desde 2003 y en el cuya prestación de incapacidad permanente es de tipo B, es decir, cuya cuantía se calcula teniendo en cuenta la acreditación de periodos de cotización.

La trabajadora solicitó la pensión de invalidez en Bélgica y en Luxemburgo, si bien la institución competente belga determina que la pensión de invalidez por los periodos de trabajo y de cotización cubiertos en Bélgica no comienza a percibirse hasta haber agota-

do el periodo de incapacidad primaria de un año determinada en los artículos 87 y 93 de la ley belga de Seguridad Social⁹, lo que determina que la trabajadora abone desde Luxemburgo cotizaciones a fondo perdido pues la cotización efectuada durante la situación de invalidez primaria no se tienen en cuenta para el cálculo de la prestación de invalidez al tratarse de una pensión de tipo A, dándose la circunstancia que durante el periodo que correspondería a la pensión primaria, ya percibía la demandante una pensión de invalidez en Luxemburgo.

A este respecto, el Tribunal advierte que las normas de coordinación comunitarias no garantizan a un trabajador que la extensión de sus actividades a más de un Estado miembro o de un traslado a otro Estado miembro sean neutros en materia de Seguridad Social pues las disparidades de las legislaciones de Seguridad Social de los Estados miembros pueden provocar que la extensión de estas actividades o el traslado a otro Estado pueden ser en ocasiones más ventajosos y en otras más desventajosos para el trabajador en materia de Seguridad Social. De este modo una norma nacional no resulta discriminatoria si su aplicación aun resultando desfavorable, no lo es en relación con quienes ejercen todas sus actividades en el Estado miembro en el que la norma se aplica o con relación a quienes ya estaban sujetos a la misma anteriormente y si no conduce pura y simplemente a un abono de cotizaciones sociales a fondo perdido, recordando a este respecto la doctrina manifestada en las sentencias de 19 de marzo de 2002 (asunto *Hervein* y otros C-393/99 y C-394/99 apartado 51, y de 9 de marzo de 2006 *Piatkowski* C-493/04 apartado 34).

Pues bien, el Tribunal considera que la aplicación de la normativa belga da lugar a que se prive de toda prestación durante el primer año

⁹ El artículo 87 de la Ley belga de 14 de julio de 1994, relativa al seguro obligatorio de atención sanitaria y compensaciones dispone que: "El beneficiario (...) que sufra una incapacidad laboral (...) percibirá por cada día laborable durante el periodo de un año desde el primer día de su incapacidad laboral (...) una pensión denominada "pensión de incapacidad primaria".

El artículo 93 de la citada Ley establece: "Cuando la duración de la incapacidad laboral supere el periodo de incapacidad primaria, por cada día laborable de incapacidad laboral (...) se le abonará una pensión denominada de "pensión de invalidez".

de incapacidad a la trabajadora que ha ejercido su derecho a la libre circulación lo que es contrario al derecho comunitario, pues de un lado perjudica a la trabajadora en comparación con otros que se encuentran en la misma situación de incapacidad definitiva pero que no han ejercitado tal libertad y, por otro lado, se da lugar al pago de cotizaciones sociales a fondo perdido, máxime teniendo en cuenta que las autoridades belgas debieron tomar en consideración la decisión de las autoridades luxemburguesas reconociendo una pensión de invalidez que determinará la asimilación del cumplimiento del periodo de percibo de la invalidez primaria, pues el principio de leal cooperación obliga a las autoridades competentes de los Estados miembros a utilizar todos los medios de que dispongan para lograr el objetivo determinado en el artículo 45 TFUE.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Sobre la aplicación de la Directiva 79/7/CEE relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, y particularmente en materia de pensiones, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en numerosas ocasiones bien por encontrar abiertamente una discriminación directa, bien por entender que existe una discriminación indirecta sobre la que ha elaborado una importante doctrina particularmente a consecuencia de la realización de trabajos a tiempo parcial.

A este respecto, recordemos que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE dispone que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, y particularmente en lo relativo a: a) el ámbito de aplicación de los regímenes y condiciones de acceso a los mismos; b) la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones; c) el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2015 asunto Elisabeth Mayer C-356/03, estudia la discriminación por razón de género en un supuesto en el que la Sra. Mayer que ejercía la profesión de abogada y estaba afiliada a efectos de la prestación por enfermedad en una caja de enfermedad privada, percibió la prestación de maternidad, así como el complemento pagado por el empresario en una cuantía equivalente a la diferencia entre la prestación abonada por el Estado y la retribución neta percibida, si bien, la prestación complementaria está exento de impuestos.

Durante sus permisos de maternidad, la Sra. Mayer no percibió ninguna retribución sujeta al régimen de previsión complementaria y a consecuencia de esto en el importe de la pensión de seguro complementario de vejez, no se tuvieron en cuenta las prestaciones que ésta había percibido del empleador durante los permisos de maternidad.

Pues bien, el Tribunal de Justicia concluye que en el caso que nos ocupa se debe considerar incompatible con el principio de igualdad entre hombres y mujeres, una normativa nacional que no permite a una trabajadora adquirir durante el permiso legal de maternidad, derechos a efectos de una pensión de seguro que forma parte de un sistema de previsión complementaria, cuando a consecuencia de que la adquisición de tales derechos depende que la trabajadora perciba durante dicho permiso un salario sujeto a impuestos.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009 asunto Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho C-537/07 analiza la adecuación de la normativa primitiva de derecho interno español, ya superada tras la ley orgánica de Igualdad, por la que durante el periodo de reducción de jornada por cuidado de hijos se cotizaba a tiempo parcial y se tomaba en cuenta únicamente la cotización efectuada a tiempo parcial a efectos del cálculo de pensiones.

En el caso enjuiciado la Sra. Gómez-Limón tras acogerse al régimen de reducción de jornada por guarda legal con una retribución y cotización reducida en la misma proporción que la jornada de trabajo, y debido a las li-

mitaciones funcionales ocasionadas por las lesiones padecidas derivadas de enfermedad común, se le reconoció una pensión de incapacidad permanente total cuya base reguladora fue calculada computando las cotizaciones efectuadas a tiempo parcial por mor de la reducción de jornada producida por el disfrute del permiso parental.

El Tribunal de Justicia a la hora de analizar la situación creada recuerda que existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, citando a este respecto sus sentencias de 27 de octubre de 1998 asunto Boyle y otras C-411/96 apartado 76 y de 21 de octubre de 1999 Lewen C-333/97 apartado 34, debiéndose tener en cuenta a este respecto que las mujeres disfrutaban del permiso parental en cualquiera de sus modalidades y particularmente mediante la reducción de la jornada con la consiguiente reducción de las retribuciones y los derechos de Seguridad Social en una proporción muy superior que los hombres. Ahora bien, el Tribunal de Justicia señala que el trabajador que disfruta del permiso parental en cualquier de sus modalidades se encuentra en una situación específica que no se puede comparar o asimilarse a la de un trabajador, hombre o mujer que trabaje a tiempo completo.

En este sentido, el Tribunal considera que el derecho comunitario, y en concreto el principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social no se opone a que el cálculo de la pensión de jubilación conforme a la regla prorratea *temporis* en caso de trabajo a tiempo parcial. En efecto la consideración del periodo de tiempo que efectivamente ha trabajado durante la carrera de un trabajador que ha trabajado a tiempo parcial, en comparación con el de un trabajador a tiempo completo durante toda su vida a tiempo completo durante toda su carrera, constituye un criterio objetivo y ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo que permite una reducción proporcionada de sus derechos a pensión tal como en materia de función pública se manifiestan las sentencias del Tribunal de Justicia europeo en la sentencia de 23 de octubre de 2003 Schönheit y Becker C-4/02 y C-5/02 apartados 90 y 91.

Igualmente señala la sentencia que la Directiva 79/7/CEE de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, que, según su primer considerando y su artículo 1, solo contempla la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, y por tanto, de acuerdo con el artículo 7.1.b) de la Directiva 79/7/CEE¹⁰, los Estados miembros disponen de la facultad de excluir del ámbito de aplicación de esta Directiva la adquisición del derecho a prestaciones de seguridad social en virtud de regímenes legales después de periodos de interrupción de empleo debidos a educación de hijos. Por tanto, la Directiva 79/7/CEE en ningún caso obliga a los Estados miembros a conceder ventajas en materia de Seguridad Social a las personas que se hayan ocupado de sus hijos o a establecer derechos a prestaciones como consecuencia de periodos de interrupción de la actividad debidos a la educación de los hijos como se indicaba en la sentencia de 13 de diciembre de 1994 asunto Grau-Hupka C-297/93 apartado 27.

En el mismo tenor se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia en su sentencia de 23 de mayo de 2000 asunto Virginia Hepple C-196/98 estudia la aplicación del artículo 7.1.a) de la Directiva 79/7/CEE, particularmente en lo relativo al establecimiento de diferentes edad de jubilación. La sentencia declara que cuando un Estado tenga establecida una edad de jubilación diferente para hombres y mujeres, a efectos de las pensiones de jubilación, esta diferencia solo se permite para los casos en que las discriminaciones existentes estén necesaria y objetivamente vinculadas a esta diferencia de edad, y así ocurre cuando tales discriminaciones son objetivamente necesarias para evitar que se ponga en peligro el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social o para garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el ré-

¹⁰ El artículo 7.1.b) de la Directiva 79/7CE establece que la Directiva no obstará la facultad que tiene los Estado miembros de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de periodos de interrupción del empleo debidos a la educación de los hijos.

gimen de las demás prestaciones, por lo que en todo caso, se hace preciso examinar en el caso litigioso si el requisito de edad diferente según el sexo es objetivamente necesario.

En relación con la exigencia de protección del equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social el Tribunal indica que la concesión de prestaciones incluidas en regímenes no contributivos a personas que sufren determinadas contingencias, sin tener en cuenta el derecho de dichas personas a una pensión de vejez conforme a los periodos de cotización cubiertos, no ejerce una influencia directa sobre el equilibrio financiero de los regímenes contributivos de pensión.

Por otra parte en lo que respecta a la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el régimen de las demás prestaciones, es preciso examinar si el requisito de una edad diferente según el sexo previsto para la prestación controvertida en el procedimiento principal es objetivamente necesario. En el caso de la sentencia que citamos, la legislación del Reino Unido había sido reformada al objeto de suprimir la REA consistente en una asignación destinada a compensar la reducción del salario a consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional para personas que no estuvieran ya en edad de trabajar, imponiendo requisitos restrictivos basados en la edad legal de jubilación. En este sentido, para el Tribunal de Justicia existe una coherencia entre el REA, que tiene por objeto compensar la reducción de ingresos profesionales, y el de la pensión de vejez por lo que se hace necesario mantener la distinción de edades de acceso a la jubilación para preservar esta coherencia.

De la misma forma se pronuncia la sentencia de 20 de octubre de 2011 asunto Brachner C-123/10 que analiza si resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE¹¹ una norma nacional que prevé

¹¹ El artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE establece: "El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en los relativo a:

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones

para un grupo de personas, que percibe una pensión de jubilación inferior a los ingresos mínimos y que está compuesto mayoritariamente por mujeres, un factor de revalorización inferior al previsto para las pensiones más elevadas¹².

En este sentido, el Tribunal de Justicia indica que habida cuenta que la finalidad del régimen de actualización consiste en salvaguardar el poder adquisitivo de las pensiones con respecto a la evolución de los precios al consumo, no cabe considerar que se trate de un régimen que, en determinadas condiciones, garantice a las personas cuyos recursos sean inferiores a un determinado importe bajo determinadas condiciones excluido del artículo 3.1.a) de la Directiva 79/7/CEE que establece que la citada directiva será de aplicación a los regímenes legales que aseguren la protección frente al riesgo de vejez.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia al constatar que el 75 % de los hombres pensionistas pudieron acogerse al incremento extraordinario de la pensiones, mientras que solo pudieron hacerlo el 43 % de las mujeres pensionistas, considera que esta diferencia

de acceso a los mismos,

- la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones.

¹² A tenor del artículo 108 de la Ley General de la Seguridad Social de Austria las pensiones se revalorizarán aplicando un factor de actualización.

Este factor con carácter general se determinó para 2008 en el 1,017 mediante Orden del Ministro Federal de Seguridad Social. Generaciones y protección de los Consumidores.

No obstante, el artículo 634.10 de la Ley General de Seguridad Social en su versión modificada mediante ley federal establece que no obstante lo previsto en el artículo 108, para el año 2008, las pensiones superiores a 746,99 euros mensuales no se revalorizarán multiplicando las mismas por el factor de actualización sino como sigue:

- 1.- Las pensiones mensuales de más de 746,99 euros y hasta 1.050 euros aumentarán en 21 euros.
- 2.- Las pensiones mensuales de más de 1.050 euros y hasta 1.700 euros se multiplicarán el factor 1,020.
- 3.- Las pensiones mensuales de más de 1.700 euros y hasta 2.161,50 euros aumentarán en un porcentaje que disminuye de modo lineal entre los valores del 2% al 17%, y
- 4.- Las pensiones mensuales de más de 2.161,50 euros aumentarán en 36,70.

Según el tribunal a quo, el nuevo sistema de actualización resulta más favorable para las pensiones más altas que aquellas más bajas, resultando que las pensiones más bajas son percibidas mayoritariamente por mujeres.

es de la suficiente envergadura como para constituir un indicio significativo que puede fundamentar la conclusión de que la exclusión de las pensiones mínimas del incremento excepcional previsto por el régimen de actualización controvertido en el litigio principal perjudica de hecho a un porcentaje mayor de mujeres pensionistas que de hombres pensionistas. De esta manera el Tribunal considera que el artículo 4.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, habida cuenta de los datos estadísticos aportados ante el órgano jurisdiccional remitente, y a falta de prueba en contrario, este podría considerar fundadamente que dicho precepto se opone a una norma que implique excluir de un incremento extraordinario de las pensiones a un porcentaje considerablemente más elevado de mujeres pensionistas que de hombres.

Por último, el Tribunal de Justicia señala que la eventual discriminación hay que contemplarla en el marco de un análisis más amplio, correspondiéndole al órgano jurisdiccional nacional efectuar este análisis. En este sentido el Tribunal remitente, si en el marco del análisis que debe efectuar para determinar si existe una discriminación indirecta por razón de género llega al análisis de que existe un mayor porcentaje de mujeres pensionistas que de hombres pensionistas que pudo sufrir una desventaja debido a la exclusión de las pensiones mínimas del incremento extraordinario, debe también apreciar si existen razones que justifiquen dicha desventaja, bien por el hecho de que las mujeres que han trabajado accedan antes a la pensión de jubilación, porque perciban su pensión durante más tiempo o, porque el nivel de referencia efectos del suplemento compensatorio también se haya elevado extraordinariamente para dicho año.

Como hemos dicho al principio el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la existencia de una discriminación indirecta por razón de género como consecuencia de la realización de trabajadores a tiempo parcial.

Así, la sentencia de 22 de noviembre de 2012 asunto Elbal Moreno C-385/11 considera que una normativa como la determinante del periodo de carencia para acceder a las pensiones en España que exige a los traba-

jadores a tiempo parcial acreditar un periodo de cotización proporcionalmente superior que a los trabajadores a tiempo completo, resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 79/7. A este respecto la sentencia recuerda la doctrina del Tribunal en relación con la discriminación indirecta en el sentido de que existe esta modalidad de discriminación cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mayor de mujeres que de hombres, y esto es lo que ocurría en la antigua redacción de la disposición adicional séptima de la LGSS/1994, que por un lado afectaba en mayor proporción a mujeres que a hombres, al constar en España que el 80 % de los contratos a tiempo parcial se suscriben por mujeres y por otro lado, exigía requisitos desmesurados para alcanzar las pensiones en comparación con los trabajadores a tiempo completo pues, percibiendo proporcionalmente la misma prestación, requería un mayor esfuerzo contributivo.

Si en la sentencia Elbal se estudiaban discriminaciones en el acceso a las pensiones por razón de la realización de trabajos a tiempo parcial, en la sentencia Schönheit y Becker y en la sentencia Cachaldora se estudian las implicaciones discriminatorias que se pueden producir en el cálculo de la pensión por la realización de trabajos a tiempo parcial.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 2003, recaída en los asuntos acumulados Hilde Schönheit C-04/02 y Silvia Becker C-5/02 insiste en que una legislación que puede conllevar una reducción del importe de la pensión de los funcionarios que han desempeñado sus funciones a tiempo parcial durante una parte, al menos, de su carrera, cuando esta categoría de funcionarios comprende un número considerablemente mayor de mujeres que de hombres, resultaría discriminatoria salvo que dicha normativa esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

En este sentido el Tribunal recuerda que ha declarado reiteradamente, por ejemplo en sus sentencias Rocks y otros en sus apartados 35 y 36, o en la sentencia de 6 de abril de 2000 Jorgensen C-226/98 apartado 39, que las con-

sideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación en perjuicio de uno de los sexos, pues admitir tales consideraciones puedan justificar una diferencia de trato entre hombres y mujeres implicaría que la aplicación y el alcance de una norma tan fundamental del Derecho Comunitario como la de igualdad entre hombre y mujeres podrían variar, en el tiempo y en el espacio, según la situación de las finanzas públicas de los Estados miembros.

En este sentido, el Tribunal de Justicia constata que en la normativa controvertida, que en caso de igualdad de horas trabajadas durante toda la carrera entre un funcionario que ha desempeñado sus funciones a tiempo parcial y un funcionario que las ha desempeñado a tiempo completo, la aplicación al primero del régimen de reducción de pensión puede implicar que se le reconozca un porcentaje de pensión inferior al que se le atribuye a los segundos, puede resultar discriminatoria.

A este respecto, el Tribunal de Justicia contesta a las cuestiones planteadas por el tribunal remitente realizando una serie de reflexiones que merece la pena considerar:

De este modo se señala que en primer lugar es al Juez nacional, como único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional, al que corresponde determinar si, y en qué medida, se justifica por razones objetivas, ajenas a toda discriminación basada en el sexo, una disposición legal aparentemente neutra en materia de género afecta de hecho a un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que de hombres. En segundo lugar indica que el objetivo de recortar el gasto público no puede tenerse en cuenta para justificar una diferencia de trato basado en el sexo. No obstante, el Tribunal de Justicia recuerda que una diferencia de trato entre hombres y mujeres puede estar justificada, en su caso, por razones distintas de las invocadas en el momento de la adopción de la medida por la que se introdujo.

Por último, concluye que una normativa nacional que implica una reducción del importe de una pensión de jubilación de un trabajador en una proporción mayor que la correspondiente a los periodos de ocupación

a tiempo parcial no puede considerarse objetivamente justificada por el hecho de que la pensión sea, en este caso, la contraprestación de un trabajo menos importante o porque tenga por objeto evitar que los funcionarios a tiempo parcial resulten beneficiados frente a los funcionarios a tiempo completo.

Un problema parecido, desde la óptica de la legislación española se planteaba en la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de abril de 2015 asunto Cachaldora Fernández C-527/13. En concreto se plantea la eventual discriminación que por razón de sexo supone la forma de cálculo de la base reguladora de las pensiones en España, en particular de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, cuando se integran lagunas de cotización tras el cese de un trabajo a tiempo parcial¹³.

El órgano jurisdiccional nacional se planteaba si la norma nacional podía constituir una discriminación indirecta por razón de sexo en el sentido establecido en la Directiva 79/7/CEE en la medida en que la norma afecta mayoritariamente al colectivo de trabajadoras y afectan negativamente a un mayor número de mujeres que de hombres, albergando dudas sobre la justificación de la norma, es decir se plantea, si la integración de lagunas de cotización de forma proporcional a la jornada a tiempo parcial realizada obedece a un principio de lógica y equilibrio de la acción protectora de la Seguridad Social, que determina que la protección de dicho sistema nunca puede exceder de la previa contribución al mismo, en atención a los principios de contributividad y proporcionalidad entre lo cotizado y lo amparado.

El Tribunal de Justicia para dar respuesta a la cuestión planteada señala, que en primer lugar hay que partir que la disposición nacional controvertida, el actual artículo

¹³ El artículo 248.2 LGSS establece: "A efectos de calcular las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los periodos durante los que no ha habido obligación de cotizar se llevará cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondientes al número de horas contratadas en último término".

248.2 LGSS, que no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas durante el periodo de referencia de ocho años anteriores a la fecha en la que se produjo el hecho causante de la pensión de incapacidad permanente, cuando dicha interrupción es inmediatamente posterior a un empleo a tiempo parcial, por lo que los datos estadísticos generales relativos al colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad no son pertinentes para demostrar que dicha disposición afecta a un mayor número de mujeres que de hombres.

Igualmente, el Tribunal de Justicia considera necesario precisar que si bien es cierto que una trabajadora como la demandante puede verse perjudicada por haber trabajado a tiempo parcial durante el periodo inmediatamente anterior a la interrupción de sus cotizaciones, no puede descartarse que algunos trabajadores a tiempo parcial pudieran igualmente verse favorecidos por la normativa nacional controvertida en el litigio principal. En efecto, a juicio del Tribunal de Justicia los trabajadores se verán beneficiados en todos los casos en los que, habiendo trabajado únicamente a tiempo parcial durante parte del periodo de referencia o incluso durante toda su carrera, el contrato inmediatamente anterior a la inactividad profesional sea un contrato a tiempo completo, puesto que en tales casos percibirán una pensión de un importe superior a las cotizaciones efectivamente abonadas.

Por tanto, se concluye que dadas las circunstancias del caso, en el que los datos estadísticos en los que el órgano remitente basó sus apreciaciones no permiten considerar que el colectivo de trabajadores perjudicados por la normativa nacional controvertida esté compuesto mayoritariamente por trabajadoras a tiempo parcial no puede estimarse que la disposición nacional controvertida perjudique principalmente a una categoría determinada de trabajadores, en concreto, a aquellos que trabajen a tiempo parcial, y, más concretamente, a las mujeres, por lo que no puede calificarse de medida indirectamente discriminatoria en los términos establecidos en el artículo 4.1 de la Directiva 79/7.

Tenemos que indicar que en la actualidad pende del Tribunal de Justicia otra cuestión prejudicial en la que se plantea la eventual discriminación por razón de género entre hombres y mujeres en relación también del diverso trato que la legislación ofrece en materia de pensiones a los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, con resultados peyorativos para los primeros, si bien esta vez en relación con el cálculo de las pensiones.

En efecto, está pendiente de sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto prejudicial C-161/18 la respuesta a las preguntas formuladas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid. En concreto el Tribunal a quo plantea si debe interpretarse unas *nomas* como los artículos 247.a) y 248.3 LGSS¹⁴ que reducen el número de años computables para aplicar el porcentaje en el caso de periodos trabajados a tiempo parcial, resulta contraria al artículo 4.1 de la Directiva 7/79/CEE y si en su caso, exige el precepto de la Directiva que el número de años cotizados tomados en consideración para fijar el porcentaje aplicable al cálculo de la pensión de jubilación se determi-

¹⁴ El artículo 247.a) de la LGSS establece que a efectos de acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se aplican las siguientes reglas:

a) Se tendrán en cuenta los periodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el periodo de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada periodo.

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado, el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

El artículo 248.3 LGSS establece: "A efectos de determinar la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resulten de lo establecido en el segundo párrafo de la letra a) del artículo 247, se incrementará con la aplicación del coeficiente 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al periodo de alta a tiempo parcial.

ne de la misma manera para los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial.

El Tribunal a quo sostiene que una vez calculada la base reguladora de la pensión resultado de la división de las bases de cotización tomadas en periodo de tiempo por el número de meses de dicho periodo, para calcular la pensión de jubilación se aplica un porcentaje en función del número de años y meses cotizados a lo largo de la vida laboral, pero si dentro de la vida labora existen contratos a tiempo parcial se aplica un sistema de cálculo que reduce el número de años que se toman en consideración para fijar el porcentaje. De esta manera aplicando las reglas establecidas en los artículos 247.a) y 248 LGSS el porcentaje aplicable a la base reguladora de la actora sería el del 53 % mientras que de aplicarse el porcentaje previsto para los trabajadores a tiempo completo, es decir en función únicamente del periodo cotizado, el porcentaje a aplicar sería del 80,04 %.

En segundo lugar el Tribunal Superior de Justicia plantea si resultaría también contraria al artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, unas normas nacionales como las controvertidas en el proceso principal de manera que el órgano jurisdiccional está obligado a garantizar la plena eficacia de la carta e inaplicar las disposiciones legislativas de derecho interno controvertido. Es decir si el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales tiene aplicación directa.

En relación con la primera cuestión hay que señalar que el artículo 248.3 LGSS controvertido tiene su razón de ser en la aplicación del principio de adecuación de manera que la cuantía de la pensión debe acomodarse al esfuerzo de contributividad de manera que exista una proporción entre el esfuerzo en la cotización realizado por el trabajador a tiempo parcial y su empresario y la pensión recibida. De esta manera como hemos visto en relación con la sentencia Gómez-Limón Sánchez-Camacho o en la sentencia Schonheit y Becker el Tribunal ha declarado que el derecho de la Unión no se opone al cálculo de una pensión conforme a una regla de prorrata temporis en caso de trabajo a tiempo parcial, de manera que “la consideración para un trabajador del

tiempo trabajado a tiempo parcial durante su carrera de seguro en relación con la efectuada por un trabajador a tiempo completo constituye un criterio objetivo que permite una reducción proporcionada de sus derechos pasivos”.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el dato estadístico constituye un indicio en relación con la existencia de discriminación por razón de sexo, pero necesariamente hay que realizar un análisis más amplio y por ende, el tribunal remitente debe determinar si dicho resultado se justifica a tenor de las diferentes medidas que se han incorporado al ordenamiento jurídico de la Seguridad Social al objeto de compensar la menor contributividad de las mujeres, tales como la consideración de periodos de cotización asimilados al parto (artículo 235 LGSS), el beneficio por cuidado de hijos (artículo 236 LGSS), la cotización realizada durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada por cuidado de menor de 12 años y la consideración como cotizado del periodo de excedencia por cuidado de hijos o de otros familiares incapaces (artículo 237 LGSS), el establecimiento del complemento de maternidad (artículo 60 LGSS) y el reconocimiento de complementos por mínimos (artículo 59 LGSS).

La segunda pregunta efectuada por el Tribunal remitente es a todas luces impropcedente por referirse a un supuesto hipotético. En efecto, si de la respuesta a la primera pregunta se deduce la existencia de una incompatibilidad entre la normativa nacional controvertida y el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, no sería necesario responder a esta segunda pregunta, como tampoco lo sería por hipotética si de la contestación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se deduce que la norma nacional se ajusta al citado precepto de la Directiva, pues en este caso, la norma no sería contraria al principio de igualdad establecido en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por último, tenemos que señalar, aunque se extralimite de la jurisprudencia sobre pensiones que la cuestión de la discriminación en las prestaciones a consecuencia de la parcialidad de la jornada también ha sido abordada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con las prestaciones por

desempleo, y en concreto en relación con determinación de la duración de la prestación por desempleo en España en los casos de trabajo a tiempo parcial vertical. Se trata de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2017 asunto Espadas Recio C-98/15 que declara que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el periodo de pago de las prestaciones por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por dicha normativa.

Por otra parte el Tribunal de Justicia aborda la eventual discriminación por razón de género desde otro ángulo cuestionando las bonificaciones por el cuidado de hijos, establecidas por la legislación francesa para el cálculo de las pensiones pero únicamente reservadas para las funcionarias en detrimento de los funcionarios. La cuestión se enjuicia en la sentencia de 29 de noviembre de 2001 asunto Joseph Griesmar C-366/99 que estudia la adecuación al derecho comunitario del artículo L12b) del Código de pensiones civiles y militares¹⁵. En el asunto que da lugar a la cues-

tión prejudicial el Sr. Griesmar, magistrado y padre de tres hijos solicitó que en el cálculo de la pensión se tuvieran en cuenta la bonificación establecida en el artículo L 12, letra b) del código de pensiones civiles y militares de la función pública francesa, del que disfrutaban las funcionarias por cada uno de sus hijos.

El Tribunal remitente plantea al Tribunal de Justicia dos cuestiones, la primera cuestión versa sobre si las pensiones abonadas por el régimen francés de jubilación de los funcionarios forma parte de las retribuciones a efectos de los dispuesto en el artículo 119 del Tratado de Roma en lo relativo a la garantía de la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres entre los trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo y en tal caso, si se produce una vulneración del principio de igualdad de retribución. Recordemos, a este respecto que este principio actualmente se regula en el artículo 157 TFUE que señala que cada Estado garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. En segundo lugar, se plantea que para el caso en que no fuese aplicable el principio de igual retribución, si la norma nacional controvertida se opone a las disposiciones de la Directiva 79/7/CEE.

Sobre la aplicación del actual artículo 157 TFUE el Tribunal de Justicia señala que los funcionarios deben ser considerados una categoría particular de trabajadores, que se distinguen de los trabajadores agrupados en una empresa o en un grupo de empresas, en una rama económica o en un sector profesional o interprofesional, por las características propias que rigen su relación de trabajo con el Estado, con otras entidades o empleados públicos.

Por último el artículo R.13 del Código determina que "la bonificación establecida en el artículo L12 letra b), a favor de las funcionarias será de un año por cada hijo legítimo, natural reconocido, así como por cualquier otro hijo que, en el momento de interrumpir el servicio activo, haya cuidado cumpliendo los requisitos y el periodo de tiempo establecidos en dicho artículo".

¹⁵ El Código de pensiones civiles y militares de la República francesa establece el régimen de pensiones de los funcionarios en dicha república.

El artículo L1 del código prevé: "La pensión es una prestación económica personal y vitalicia que se concede a los funcionarios civiles y militares y, tras su fallecimiento, a sus derechohabientes legales, y que retribuye los servicios prestados hasta el cese normal en sus funciones.

La cuantía de la pensión, que tiene en cuenta el grado, la duración y la naturaleza de los servicios prestados, garantiza a su beneficiario al final de su carrera profesional medios materiales de existencia adecuados a la dignidad de su función.

El artículo L12.b) del Código establece:

"A los años de servicios efectivos se añadirán, conforme a las condiciones establecidas por resolución administrativa, las siguientes bonificaciones:

a) (...)

b) Bonificación a favor de las funcionarias por cada hijo legítimo, natural legalmente reconocido o adoptivo y, siempre que los hayan cuidado durante un periodo mínimo de nueve años con anterioridad a la edad de 21 años, por cada uno de los hijos mencionados en el artículo L18, apartado II".

En segundo lugar que la pensión objeto del litigio se concede como retribución de los servicios prestados por los funcionarios hasta el cese normal de sus funciones y su cuantía toma en cuenta el grado, la duración y la naturaleza de los servicios prestados. En este sentido, las pensiones concedidas en el régimen francés de funcionarios se conceden en función directa del tiempo de servicios prestados y el cálculo de su cuantía se basa en la retribución que el interesado percibía en los últimos seis meses de actividad. Por tanto, el Tribunal de Justicia se inclina por considerar que las pensiones controvertidas deben tener la consideración de retribución a efectos de la aplicación del artículo 157 TFUE.

En cuanto a la existencia de una eventual discriminación en las condiciones retributivas por razón de género el Tribunal parte del presupuesto de que para determinar si existe tal discriminación se debe acreditar antes si en el caso concreto los trabajadores masculinos y femeninos se encuentran en una situación comparable, por lo que hay que analizar, en cuanto a la concesión de la bonificación controvertida en el procedimiento principal, las situaciones de un funcionario y de una funcionaria, que sea, respectivamente, padre y madre.

A este respecto, el Tribunal recuerda que como ya indicó en su sentencia de de 16 de septiembre de 1999 asunto Abdoulaye y otros, C-218/98, que a efectos de la aplicación del principio de igualdad de retribución, la situación de un trabajador no es comparable a la de una trabajadora cuando la ventaja que se concede únicamente a las trabajadoras está destinada a compensar las desventajas profesionales que para ellas supone la interrupción del trabajo, inherente al permiso de maternidad. Este argumento es válido para apreciar si son comparables las situaciones de un trabajador y de una trabajadora, a efectos de la aplicación del principio de igualdad de retribución, respecto a una medida que reserva a las trabajadoras con hijos una bonificación de antigüedad a efectos del cálculo de la pensión.

Por lo tanto, es preciso examinar si esta bonificación está destinada a compensar las desventajas profesionales que sufren las funcionarias debido a la interrupción labo-

ral durante el periodo que sigue al parto, o a cualquier otra desventaja producida por su condición de madre. En este sentido, el Tribunal constata que no existe relación entre la bonificación controvertida en el procedimiento principal y el periodo que sigue al parto durante el que la madre disfruta de un permiso de maternidad y esté ausente del servicio, sino al contrario, el beneficio está relacionado con el cuidado y educación de los hijos presumiendo el legislador francés que los cuidados a los hijos en el hogar son realizados en exclusiva por las madres.

En este sentido, la sentencia reconoce que las situaciones de un funcionario y de una funcionaria pueden ser comparables en cuanto cuidado de los hijos, de manera que la circunstancia de que las funcionarias estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de hijos porque en general, las mujeres asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un funcionario asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera. Por tanto, en la medida en que la norma controvertida no permite a un funcionario que se encuentre en dicha situación solicitar la bonificación controvertida en el procedimiento principal, aun cuando acredite que ha asumido efectivamente el cuidado de sus hijos se puede concluir que se crea una diferencia de trato por razón de sexo en relación con los funcionarios que hayan asumido efectivamente el cuidado de hijos, y por tanto, que se vulnera el principio de igualdad de retribución.

El tema fue tratado también en términos parecidos en la sentencia del Tribunal de Justicia en su sentencia de 28 de septiembre de 1994 asunto Beune C-7/93. En la sentencia se plantea si la Directiva 79/7 y el artículo 119 del Tratado, como hemos indicado, el actual artículo 157 TFUE se oponen a una legislación como la ABPW de Holanda que establece una norma diferente para los hombres casados y las mujeres casadas respecto al modo de cálculo de la cuantía de la pensión de funcionario¹⁶.

¹⁶ El ABPW de Holanda es un régimen profesional complementario de pensiones las pensiones del régimen de seguridad

El Tribunal de Justicia señala que cuando como en el caso controvertido la pensión solo afecta a una categoría particular de trabajadores, determinada directamente en función de los años de servicios cumplidos y su cuantía se calcula basándose en el último sueldo del funcionario, la pensión abonada por el empleador público es perfectamente comparable a la que abonaría un empresario privado a sus antiguos trabajadores, por lo que debe considerarse una retribución a la que se le aplica el principio de no discriminación establecido en el artículo 157 TFUE. Desde este punto de vista la normativa controvertida es directamente discriminatoria, por lo que a los hombres casados perjudicados por la discriminación deben ser tratados de la misma forma y debe aplicárseles el mismo régimen que a las mujeres casadas.

Pues bien, partiendo de esta doctrina, el Juzgado de lo Social nº 3 de Girona ha planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial en relación con el eventual carácter discriminatorio del complemento de maternidad regulado en el artículo 60 LGSS¹⁷. En tal sen-

social de los funcionarios, regido por el sistema de capitalización. Este Fondo de pensiones está casi totalmente financiado con cargo a cotizaciones satisfechas por los distintos organismos empleadores de la función pública y con cargo a las retenciones efectuadas sobre el sueldo de los funcionarios, y se gestiona de forma autónoma, conforme a las normas similares a las aplicables a los fondos de pensiones de empresa.

Según se indica en la sentencia de las disposiciones nacionales aplicables a los funcionarios neerlandeses en materia de jubilación se deduce que, debido, a la asimilación de la mujer casada a la mujer soltera respecto al cálculo de la pensión general integrada en la pensión de funcionario, la pensión de funcionario del hombre casado es sistemáticamente inferior a la pensión de funcionario que se paga a la mujer casada que haya alcanzado el mismo grado de escalafón en la función pública, por lo que se refiere a los derechos correspondientes a periodos de servicio anteriores al 1 de enero de 1986.

¹⁷ El artículo 60.1 LGSS establece:

1. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala:

tido Juzgado a quo pregunta al Tribunal de Justicia si vulnera el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 157 TFUE y en la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo, una ley nacional, con el artículo 60 LGSS que reconoce la titularidad del derecho al complemento de pensión, por su aportación a la demográfica a la Seguridad Social a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de la Seguridad Social de pensiones contributivas, viudedad o incapacidad permanente cuando no se concede tal titularidad a los hombres en idéntica situación.

En el procedimiento principal el demandante padre de dos hijos solicita que se le reconozca sobre su pensión de incapacidad permanente el complemento de maternidad previsto en el artículo 60 LGSS.

En primer lugar tenemos que recordar que como señalaba la sentencia Elbal Moreno antes citada, las pensiones del régimen general de la Seguridad Social dependen menos de una relación entre empresarios y trabajadores que de consideraciones de orden social, y que por tanto, no se les aplica el artículo 157 TFUE.

En efecto, como hemos visto anteriormente están incluidas en el concepto de “retribución” en los términos establecidos en el artículo 157.2 TFUE, las pensiones que dependen de una relación de empleo que vincula al trabajador con el empleador, con exclusión de las que se derivan de un régimen legal a cuya financiación contribuyan los trabajadores, los empleadores y, en su caso, los poderes públicos en una medida que dependa menos de tal relación de trabajo que de

- a) En el caso de 2 hijos: 5%.
- b) En el caso de 3 hijos: 10%.
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15%.

A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.

consideraciones de política social, de manera que no pueden incluirse en este concepto los regímenes o prestaciones de seguridad social regulados directamente por la ley, y que son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores.

En este sentido, la pensión controvertida puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE. A este respecto, como recuerda la sentencia Cachaldora, antes citada, hay que tener en cuenta que el derecho de la Unión Europea respeta la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social y que, a falta de una armonización a escala de la Unión Europea, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de Seguridad Social, si bien en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el derecho de la Unión. Por tanto, hay que verificar si existe un distinto trato por razón de sexo a la hora de determinar la cuantía de las pensiones que perciben las madres y los padres de dos o más hijos o si por el contrario, existen razones de política social que justifiquen el distinto trato. Ahora bien, este análisis no se puede realizar en virtud de lo dispuesto en la Directiva 76/207/CEE 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 profesional y a las condiciones de trabajo como plantea el tribunal gerundense sino en virtud de lo dispuesto en la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

En efecto, como señala Sanz Caballero¹⁸, en España la feminidad constituye históricamente un factor discriminatorio en el terreno laboral que se exagera con la maternidad que con frecuencia se relaciona con el absentismo laboral, pero condición física y peor aptitud para el trabajo.

Esta desigualdad laboral se refleja en una mayor tasa de desempleo femenino, en la feminización de los trabajos temporales, de los trabajos a tiempo parcial, y de los trabajos mal remunerados. Esta desigualdad en el acceso de la mujer al trabajo se puede verificar en base a distintos indicadores, tales como la tasa de actividad, la tasa de desempleo o la de paro en los que se constatan diferencias importantes entre hombres y mujeres.

Esta desigualdad laboral entre hombres y mujeres genera también una desigualdad por razón de sexo en la percepción de pensiones del nivel contributivo de la Seguridad Social de manera que en España la brecha o diferencia cualitativa y cuantitativa en las condiciones de trabajo se reflejan en las pensiones de incapacidad permanente y jubilación.

Esta diferencia en relación con la pensión de jubilación se constata si analizamos los datos de pensiones de jubilación reconocidas por el INSS a partir de 2016, fecha de entrada en vigor del complemento de maternidad.

Así en el año 2016 se han reconocido en España 280.838 pensiones de jubilación, de las cuales 37.634 se han reconocido con complemento de maternidad¹⁹.

¹⁸ SANZ CABALLERO, Susana. "La contribución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". VVA. Tirant lo Blanch. Valencia 2011. "Políticas públicas de atención social a la maternidad". Coordinadora: Ruth ABRIL SOTELO.

¹⁹ Los datos ofrecidos sobre el número de pensiones, edad de acceso a la jubilación, número de años acreditados en la pensión, cuantía de la pensión y cuantía de los complementos de la pensión han sido facilitados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Los datos que se pueden ofrecer en relación con las pensiones reconocidas con com-

plemento de maternidad son los siguientes:

	Con 2 hijos	Con 3 hijos	Con 4 hijos	Media
Edad de acceso a la pensión	65,17	65,29	65,46	65,23
Años cotizados	26,83	24,76	23,50	26,64
Importe inicial de la pensión	731,00 euros	607,40 euros	536,07 euros	759,96 euros
Complemento de maternidad	36,58 euros	60,74 euros	80,41 euros	51,48 euros

Por otro lado los mismos datos en relación con las mujeres sin complemento de materni-

dad en los 19.567 pensiones reconocidas en 2016 son los siguientes:

Edad de acceso a la jubilación	65,19
Años cotizados	31,43
Importe inicial de la pensión	1.042,86 euros

En cuanto de las 75.179 pensiones de jubilación ordinaria reconocidas en 2016 a hom-

bres se pueden constar los siguientes datos:

Edad de acceso a la jubilación	64,75
Años cotizados	39,83
Importe inicial de la pensión	1.445,36 euros

Los datos para 2017 son sustancialmente parecidos y así los referidos a las 44.425 pen-

siones de las mujeres que perciben el complemento de maternidad son los siguientes:

	Con 2 hijos	Con 3 hijos	Con 4 hijos	Media
Edad de acceso a la pensión	65,17	65,30	65,56	65,24
Años cotizados	27,25	24,93	23,74	27,00
Importe inicial de la pensión	719,66 euros	595,81 euros	533,37 euros	747,77 euros
Complemento de maternidad	36,01 euros	59,59 euros	80,02 euros	49,46 euros

Por otro lado los mismos datos en relación con las mujeres sin complemento de materni-

dad en las 18.858 pensiones reconocidas en 2017 son los siguientes:

Edad de acceso a la jubilación	65,14
Años cotizados	32,39
Importe inicial de la pensión	1.066,23 euros

En cuanto de las 80.796 pensiones de jubilación ordinaria reconocidas en 2017 a hom-

bres se pueden constar los siguientes datos:

Edad de acceso a la jubilación	64,76
Años cotizados	39,88
Importe inicial de la pensión	1.394,51 euros

Pues bien, de los datos anteriores podemos concluir que la maternidad constituye por sí misma una discriminación que determina que las madres de dos o más hijos accedan a la pensión de jubilación a mayor edad, que tengan un periodo de cotización más bajo, y unas pensiones sensiblemente más bajas que las mujeres que no son madres o madres de un solo hijo, y que los hombres sean padres o no. Esta diferencia peyorativa se hace más insoportable si se tiene en cuenta que en España rige un sistema financiero de reparto y que por tanto, el factor demográfico es determinante en la financiación de las pensiones, de manera que los hijos de las madres que en razón de la maternidad perciben una pensión más baja son los que en el futuro sostendrán el sistema de pensiones.

Desde esta perspectiva el complemento previsto en el artículo 60 LGSS se concibe como una medida para disminuir la brecha de género en pensiones por razón de la maternidad, en la línea planteada por el Libro Blanco relativo a una agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles (COM (2012) 55 final, del Libro verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros COM (2010) 365 final.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1994 asunto Van Munster C-165/91 estudia la eventual incompatibilidad de una normativa nacional con el principio de igualdad de trato determinado en el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, cuando atribuye diferentes efectos a la concesión de una pensión pagada a una beneficiaria en su condición de cónyuge inactivo según que dicha pensión se conceda en forma de incremento de la pensión correspondiente al cónyuge activo o en forma de pensión personal concedida a la persona inactiva²⁰.

²⁰ La Ley General sobre Seguro de Vejez de Holanda en su versión vigente del 1 de abril de 1985 establece que cualquier persona casada adquiere, al cumplir la edad de 65 años, el derecho a una pensión personal correspondiente al 50 % del salario mínimo neto, si bien cuando su cónyuge no esté activo y aún no haya cumplido la edad de 65 años, se añade a dicha pensión un complemento que asimismo puede alcanzar el 50 % del salario mínimo neto. Si la persona no está casada, su pensión se eleva al 70,5 % del salario mínimo neto.

La institución competente holandesa concedió al Sr. Van Munster una pensión de vejez por importe del 100 % del salario mínimo neto, el 50 % en su calidad de persona casada y el

La sentencia recuerda que el artículo 7.1.c) de la Directiva permite a los Estados miembros excluir de su aplicación los derechos de vejez o invalidez en razón de los derivados de la esposa, por lo que el principio de igualdad de trato entre hombres tal y como se enuncia en la Directiva 79/7/CEE no se opone a una normativa como la controvertida.

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN AL ESTABLECIMIENTO DE CLAUSULAS ANTICÚMULO

El Reglamento CE 883/2004 establece una serie de normas que permiten impedir que a consecuencia de la acumulación de pensiones se pueda producir un enriquecimiento injusto en la percepción las pensiones por parte del trabajador migrante posibilitando establecer cláusulas de reducción, suspensión o extinción de pensiones en estos supuestos de concurrencia de pensiones. En este sentido, los artículos 53, 54 y 55 del reglamento establecen normas diferenciadas según la acumulación se produzca entre pensiones de la misma o distinta naturaleza.

Así el artículo 53 del Reglamento 883/2004 señala que las acumulaciones de prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia, calculadas o concedidas con arreglo a los periodos de seguro y/o de residencia cumplidos por una misma persona se considerarán acumulaciones de prestaciones de la misma naturaleza, de manera que la acumulación de prestaciones que no puedan considerarse de la misma naturaleza se considerarán acumulaciones de prestaciones de distinta naturaleza.

50 % debido a que su esposa aún no había cumplido la edad de 65 años. Por otra parte, en Bélgica el Instituto de pensiones concedió al Sr. Van Munster una pensión de jubilación completada con porcentaje familiar.

Al cumplir la Sra. Van Munster la edad de 65 años la institución holandesa le concedió una pensión de persona de vejez autónoma, calculada en un 50 % del salario neto y se retiró al Sr. Van Munster el incremento de pensión que percibía, por lo que los ingresos de la familia Van Munster no se vieron incrementados. Sin embargo, el Instituto Belga redujo la pensión Belga del Sr. Van Munster aplicándole el porcentaje de personas solas y no el porcentaje familiar.

En este sentido, las legislaciones de los Estados miembros para impedir la acumulación en los casos en que se acumule una prestación de invalidez, de vejez o de supervivencia con una prestación de la misma o distinta naturaleza o con ingresos, se aplicarán las siguientes normas:

a) La institución competente tendrá en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en otro Estado miembro sólo cuando la legislación que aplique establezca que se tenga en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero.

b) La institución competente tendrá en cuenta el importe de las prestaciones que ha de abonar otro Estado miembro antes de la deducción de los impuestos, cotizaciones de seguridad social y otras deducciones individuales, salvo que la legislación aplicada por dicha institución establezca normas para impedir la acumulación tras las citadas deducciones, con arreglo a las condiciones y los procedimientos que se establecen en el reglamento 987/2009.

c) La institución competente no tendrá en cuenta el importe de las prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro en virtud de un seguro voluntario u optativo continuado.

d) Si un único Estado miembro aplica cláusulas antiacumulación debido a que el interesado disfruta de prestaciones de la misma naturaleza o de naturaleza diferente en virtud de la legislación de otros Estados miembros, o bien disfruta de ingresos adquiridos en otros Estados miembros, la prestación debida podrá reducirse solamente en el importe de dichas prestaciones o de dichos ingresos.

En relación con la acumulación de prestaciones de la misma naturaleza con arreglo a la legislación de dos o más Estados miembros, el artículo 54 del Reglamento 883/2004 establece como regla general que las normas para impedir la acumulación establecida por la legislación de un Estado miembro no serán aplicables a una prestación prorrateada.

De esta forma, las normas antiacumulación únicamente se aplicarán a una presta-

ción independiente cuando la prestación de que se trate constituye:

a) Una prestación cuyo importe sea independiente de la duración de los periodos de seguro o de residencia, como será el caso de las pensiones de incapacidad permanente de tipo A, en España las pensiones de incapacidad permanente derivadas de contingencias profesionales o de accidente no laboral o las pensiones de supervivencia.

b) Una prestación cuyo importe se determine en función del periodo acreditado que se considere cumplido entre la fecha de la materialización del riesgo y una fecha posterior, en caso de acumulación con: 1) una prestación del mismo tipo, salvo si entre dos o más Estados miembros se ha firmado un acuerdo para evitar que se computen más de una vez en el mismo periodo acreditado, o 2) una prestación de las mencionadas en la letra a).

Las prestaciones a las que se pueden aplicar cláusulas antiacumulación y los acuerdos entre Estados para establecerlas se recogen en el Anexo IX del Reglamento 883/2004. Dicho Anexo recoge para España las pensiones de jubilación o de jubilación permanente (invalidez) del régimen especial de funcionarios de acuerdo con lo establecido en el título I del texto consolidado de la ley de pensionistas del Estado si en el momento de la materialización del riesgo el beneficiario en activo o asimilado; las pensiones de defunción y supérstites (viudas/viudos, huérfanos y padres), pensiones reconocidas de acuerdo con lo establecido en el título I del texto consolidado de la ley de pensionistas del Estado si en el momento de la muerte el funcionario estaba en activo o en situación asimilada.

En cuanto a la acumulación de pensiones de distinta naturaleza el artículo 55 del Reglamento 883/2004 establece que si el disfrute de prestaciones de este tipo o con ingresos exige la aplicación de cláusulas anticúmulo establecidas por la legislación de los Estados miembros en lo referente a:

a) Dos o más prestaciones independientes, las instituciones competentes dividirán las cuantías de las prestación o prestaciones u

otros ingresos, tal y como hayan sido computados, por el número de prestaciones sujetas a dichas normas. No obstante, la aplicación de esta norma no podrá retirar a la persona en cuestión su condición de pensionistas.

b) Una o más prestaciones prorrateadas, las instituciones competentes tendrán en cuenta la prestación o prestaciones o ingresos y todos los elementos previstos para la aplicación de las cláusulas antiacumulación en función del coeficiente entre los periodos de seguro o de residencia considerados para el cálculo de pensiones prorrateadas.

c) Una o más prestaciones independientes y una o más prestaciones prorrateadas, las instituciones competentes aplicarán por analogía la regla establecida en la letra a) para las pensiones independientes y la letra b) para las pensiones prorrateadas.

La institución competente no aplicará la división prevista para las prestaciones independientes si la legislación que aplica prevé el cómputo de las prestaciones de distinta naturaleza o de otros ingresos, así como todos los demás elementos del cálculo para una fracción de su importe determinado en función de la relación entre los periodos de seguro o residencia.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 1985 asuntos acumulados Romano y Conti C-58/84²¹ señala que una norma nacional debe ser calificada de cláusula de reducción si el cálculo que impone tiene como efecto reducir el importe de la pensión que puede solicitar el interesado por disfrutar de una prestación en otro Estado miembro. En

²¹ En el asunto Romano se cuestionaba si la disposición nacional que reduce el número de años ficticios atribuidos que son necesarios para alcanzar la carrera completa de 30 años en función del número de años por el cual el interesado puede pretender una pensión en otro Estado constituye una cláusula de reducción.

En el asunto Conti la cuestión prejudicial se refería a la calificación de una disposición que reduce un suplemento a la pensión incompleta de un trabajador minero que había trabajado al menos 25 años como minero de galerías en razón de las pensiones obtenidas de otro régimen belga o extranjero.

Tanto en un caso como en el otro los periodos de cotización ficticios son intemporales.

este sentido, el hecho de calificar a las cláusulas de reducción como cláusulas de cálculo no supone que se pueda eludir las condiciones y los límites de aplicación impuestos por el Reglamento de coordinación.

De esta forma, la sentencia concluye que una norma nacional que reduce los años suplementarios de empleo ficticio, en estos casos intemporales, que el trabajador puede utilizar para tener derecho a la pensión como consecuencia de tener derecho a una pensión en otro Estado miembro constituye una cláusula de reducción.

A distinta conclusión llega para una situación similar, si bien referida a periodos de cotización ficticios susceptibles de ubicación temporal, la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999 asunto Jozef van Coile C-442/97. Esta sentencia analiza si constituye una cláusula de reducción, suspensión o supresión una norma como artículo 32 ter párrafo sexto del Real Decreto de 21 de diciembre de 1967 por el que se aprueba el reglamento general del régimen de pensiones de jubilación y de supervivencia de los trabajadores por cuenta ajena de Bélgica²².

El Tribunal señala que la presunción establecida por la legislación belga se refiere a la cotización al régimen de pensiones belga, y no constituye una presunción de empleo en Bélgica. Por consiguiente se presume que los periodos relativos al periodo de la segunda guerra mundial entre el 1 de enero de 1939 y 1 de enero de 1945 han sido cotizados, ahora bien, si durante este periodo de tiempo se acredita periodos de empleo en otro Estado que dan lugar a una pensión, ya no serían aplicables las consideraciones que llevaron al legislador

²² De acuerdo con la citada disposición se considera que un trabajador por cuenta ajena que haya ejercido un empleo en calidad de tal, entre el 1 de enero de 1938 y el 1 de enero de 1945 por el cual haya pagado un mínimo de cotizaciones en virtud de un régimen de Seguridad Social del Estado de que se trata, efectuó pagos suficientes en concepto de cotizaciones como para que se acredite un empleo habitual y de carácter principal durante todo el periodo comprendido entre la fecha en que finalizó el empleo probado y el 1 de enero de 1946, si bien esta presunción no se aplica a aquellos periodos de empleo por los cuales el interesado perciba una pensión en virtud de un régimen de otro Estado.

belga a establecer la presunción de cotización durante los años de guerra. Por tanto, no puede calificarse de cláusula de reducción la disposición cuestionada puesto que los periodos ficticios en este caso tienen carácter temporal y se ubican en un periodo concreto.

En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999 asunto *Georges Platbrood C-161/98*. El asunto era similar si bien la reducción de los años ficticios entre el 1 de enero de 1938 y de 1945 reconocidos por la legislación belga se produce cuando consta la realización de un empleo en Alemania entre el 1 de enero de 1938 y el 31 de diciembre de 1944.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de junio de 1992 asuntos acumulados *Emilio Di Crescenzo C-90/91* y *Angela Casagrande C-91/91* se plantea la aplicación de cláusulas de reducción a consecuencia de la supresión de años de cotización reconocidos a consecuencia del cobro de una pensión en otro Estado en la percepción de la pensión de jubilación en el caso del Sr. Di Crescenzo y de supervivencia en el caso de la Sra. Casagrande²³.

En esta sentencia con carácter preliminar el Tribunal de Justicia recuerda que ya indicó en la sentencia de 21 de octubre de 1975 en el asunto *Petroni C-24/75*, que no se alcanzarían los objetivos del Tratado relativo a la libre cir-

²³ Al Sr. Di Crescenzo se le reconoció el derecho a una pensión de jubilación belga completa como minero por parte de la institución competente belga al acreditar 27 años de trabajo efectivo cubiertos por el interesado en Bélgica, incrementados en tres años ficticios que le fueron concedidos de acuerdo con las disposiciones belgas que regulan las pensiones de los mineros. A partir del 1 de julio de 1980 al Sr. Di Crescenzo tenía derecho tenía derecho asimismo a una pensión de jubilación italiana por lo que la institución belga redujo el total de años ficticios concedidos y por ende la pensión.

La Sra. Casagrande viuda de un pensionista de jubilación por su trabajo en la minería en Bélgica durante 21 años y que anteriormente había desempeñado en Italia una actividad como trabajador por cuenta ajena o asimilado durante 14 años. A la Sra. Casagrande se le reconoció una pensión de viudedad basada en los 21 años de trabajo efectivo de su finado marido como minero incrementados en 14 años, periodo que se presumía había durado la ocupación como trabajador por cuenta ajena. Al reconocérsele a la Sra. Casagrande pensión de viudedad italiana la institución belga redujo la pensión en razón del tiempo ficticio reconocido.

culación, si como consecuencia del ejercicio de dicho derecho, los trabajadores tuvieran que perder las prestaciones que les garantiza únicamente la legislación de un Estado miembro, de manera que como regla general la normativa comunitaria no puede implicar una disminución de las prestaciones concedidas en virtud de la legislación de un Estado miembro. De esta forma cuando la prestación se determine con arreglo únicamente a la legislación nacional, la institución competente podrá aplicar cláusulas que prohíban la acumulación, mientras que si para determinar la pensión se aplican normas de derecho comunitario la institución competente no debe tener en cuenta las cláusulas nacionales que prohíben la acumulación.

En este mismo sentido se pronunció con anterioridad la sentencia de 18 de febrero de 1992 asunto *Di Prinzió C-5/91*, si bien con una matización al señalar que la aplicación de cláusulas de reducción de la pensión autónoma la prestación solo podrá reducirse con el límite de las cuantías percibidas por la pensión incompatible.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de agosto de 1993 asunto *Marius Larsy C-31/92* se analiza la igualmente la reducción de una pensión de jubilación reconocida por la institución competente belga correspondiente a la vida laboral completa a consecuencia de la concesión en Francia de una pensión francesa correspondiente al periodo de seguro comprendido entre el 1 de enero de 1964 y el 31 de diciembre de 1977.

El Tribunal recuerda que las normas de coordinación que prohíben la acumulación de pensiones se corresponden con el objetivo de evitar acumulaciones injustificadas derivadas especialmente de la superposición de periodos de seguro y de periodos asimilados, por lo que si un trabajador ha sido obligado, durante un mismo y único período a cotizar al seguro de vejez en dos Estados miembros, no puede considerarse injustificada la acumulación de las dos pensiones a las que tenga derecho de acuerdo con las cotizaciones efectuadas.

Por tanto, el Tribunal de Justicia reitera lo ya dicho en la sentencia *Di Crescenzo*, de manera que en los casos en que la pensión ha

sido determinada únicamente aplicando la legislación nacional, las normas de coordinación comunitaria no se oponen a que prohíba la acumulación en los términos establecido en dichas normas de coordinación. En cambio, no se podrán aplicar cláusulas anticúmulo si se trata de pensiones en las que se han tomado en consideración periodos de seguro de otros Estados y aplicada la prorrata. Por último, se declara que no se puede aplicar limitación o reducción alguna cuando la persona ha trabajado durante un mismo periodo en dos Estados miembros y, durante el mismo periodo, ha estado obligada a cotizar al seguro de vejez en ambos Estados.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 2002 asunto Caterina Insalaca C-107/00 se plantea la eventual aplicación de una norma anticúmulo en relación a la aplicación de un límite a la cuantía de las pensiones concurrentes establecido por la legislación interna belga, y en concreto en el artículo 52 apartado 1 del reglamento general del régimen de pensión de jubilación y de supervivencia de los trabajadores por cuenta ajena²⁴ que limita la cuantía de las pensiones de viudedad cuando concurren con otras pensiones de viudedad o de jubilación. En este sentido, la Sra. Insalaca era titular de una pensión de jubila-

²⁴ El artículo 52.1 del Reglamento establece lo siguiente: "cuando el cónyuge supérstite tiene derecho, por una parte, a una pensión de supervivencia con cargo al régimen de pensiones de trabajadores por cuenta ajena y, por otra parte, a una o varias pensiones de jubilación o a cualquier otra ventaja que haga sus veces en virtud de un régimen de pensiones de los trabajadores por cuenta ajena o de uno o varios regímenes de pensiones distintos de éste, la pensión de supervivencia sólo puede acumularse con las referidas pensiones de jubilación una cantidad igual al 110% del importe de la pensión de supervivencia que hubiera sido concedida al cónyuge supérstite por su carrera completa.

Cuando el cónyuge supérstite al que se refiere el párrafo primero también tiene derecho a una o varias pensiones de supervivencia o ventajas que hagan sus veces (...), la pensión de supervivencia no puede ser superior a la diferencia entre por una parte, el 100% del importe de la pensión de supervivencia que le corresponde que corresponde a una carrera completa, y, por otra, la suma de los importes de las pensiones de jubilación (...) y de un importe igual a la pensión de supervivencia del trabajador por cuenta ajena que corresponda a una carrera completa, multiplicando por la fracción o suma de las fracciones que expresan la importancia de las pensiones de supervivencia a cargo de los otros regímenes de pensiones..."

ción y otra de viudedad con cargo a la Seguridad Social italiana y por otra parte de una pensión de jubilación y otra de viudedad belga y como consecuencia de la concurrencia de las pensiones belgas con las italianas se procedió a reducir la pensión de viudedad belga.

El Tribunal recuerda que una norma nacional debe ser calificada como cláusula de reducción si el cálculo que impone tiene por efecto reducir el importe de la pensión que puede solicitar el interesado por disfrutar de una prestación en otro Estado miembro, por lo que resulta palmario que la normativa belga que regula el cálculo de la pensión de supervivencia y que prevé la reducción del límite máximo de acumulación de una pensión de jubilación y de otra pensión de supervivencia, cuando el cónyuge supérstite tiene derecho a una pensión de supervivencia a cargo de otro Estado miembro, constituye una cláusula de reducción.

Por otra parte señala el Tribunal que las prestaciones de seguridad social son de la misma naturaleza a efectos de la aplicación de una cláusula de reducción cuando su objeto y su finalidad, así como su base de cálculo y sus requisitos de concesión, sean idénticos por lo que las pensiones de supervivencia belga y la pensión de supervivencia italiana constituyen prestaciones de la misma naturaleza.

Por tanto, para aplicar la norma anticúmulo de reducción la institución competente debe aplicar las normas de cálculo de las pensiones en su integridad y por ende, para determinar la aplicación de una cláusula de reducción se deben agotar las tres etapas determinadas para el cálculo de las pensiones cuando incide el elemento de transnacionalidad:

En primer lugar calcular la pensión de forma autónoma, que permitiría en su caso aplicar la norma anticúmulo si estuviera previsto.

En segundo lugar calcular la pensión teniendo en consideración los periodos de cotización en el otro Estado y aplicar la prorrata, supuesto en el que no cabe aplicar cláusula anticúmulo.

En tercer lugar comparar la pensión autónoma y la prorrateada y confirmar la más elevada

de las dos teniendo en cuenta en su caso la norma anticúmulo si procediera su aplicación.

En idénticos términos se pronuncia para un asunto similar la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 2013 asunto Aldegonda van den Booren C-127/11 que estudia si resulta compatible con el actual artículo 53 del Reglamento 883/2004 (anterior artículo 46 bis del Reglamento 1408/71) una norma nacional que reduce el importe de una pensión de viudedad a consecuencia del aumento de la pensión de vejez que percibe con motivo de la implementación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres establecida por la ley holandesa de 28 de marzo de 1985²⁵.

Como en el caso Insalaca el Tribunal de Justicia en su sentencia señala que nos encontramos entre cláusulas de reducción producidas como consecuencia de la acumulación de pensiones de distinta naturaleza, y que el artículo 53 del Reglamento 883/2004 (y antes el artículo 46 bis del Reglamento 1408/71) no se oponen a la aplicación de una normativa que contiene una cláusula en virtud de la cual una pensión de viudedad percibida se pueda reducir a consecuencia de la percepción de una pensión de jubilación en otro Estado siempre y cuando se respete el límite establecido en el apartado 3 letra d) del artículo 53 del Reglamento 883/2004, es decir, la prestación debida solo podrá reducirse en el importe de la pensión percibida en el otro Estado.

En relación a la determinación de la naturaleza de las pensiones concurrentes a efec-

tos de la aplicación de cláusulas anticúmulo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1987 asunto Stefanutti C-197/85 consideró que no eran de la misma naturaleza una pensión de invalidez persona basada en la carrera profesional de la propia beneficiaria había cubierto en un Estado miembro y un pensión de supervivencia basada en la carrera profesional que el marido fallecido de la beneficiaria había cubierto en otro Estado miembro. En parecido sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1998 asunto Louise Cordelle C-366/96 al analizar la concurrencia de una pensión de jubilación sobre la base de una carrera incrementada por razón de los hijos y una pensión de viudedad.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de agosto de 1995 asunto Christel Schmidt C-98/94 se analiza la existencia de cláusulas de reducción por la concurrencia de la pensión de jubilación concedida en un Estado miembro sobre la base de los periodos cubiertos a título personal y una pensión obtenida en otro Estado en calidad de cónyuge divorciado, sobre la base de los periodos de seguro cubiertos por su antiguo cónyuge.

En este sentido, el Tribunal de Justicia comprueba que atendiendo al objeto y finalidad y forma de cálculo las pensiones controvertidas deben calificarse como de distinta naturaleza. En este sentido, la pensión de jubilación concedida al cónyuge divorciado, y no casado de nuevo, en Bélgica tiene por objeto garantizar a éste último medios de subsistencia suficientes, dado que ya no puede disponer de los ingresos de su antiguo cónyuge, de manera que la base de cálculo y los requisitos de concesión de dicha pensión se han fijado de forma que quede compensada la pérdida de ingresos sufrida por el interesado como consecuencia de la separación. Por el contrario, la pensión de jubilación personal obtenida en Alemania está destinada a garantizar al trabajador unos ingresos suficientes a partir del momento en que él se jubila. De esta manera el Tribunal de Justicia concluye que las pensiones concurrentes tienen un objeto y finalidad diferentes.

Por otra parte para el cálculo de la pensión belga adquirida en calidad de cónyuge

²⁵ La Sra. Van den Booren residente en Holanda percibe una pensión de viudedad de la oficina de pensiones de Bélgica a consecuencia de la actividad de minero en Bélgica de su fallecido marido. Igualmente percibe una pensión de jubilación de la institución holandesa desde 1985. En 2003 la institución holandesa incrementó la pensión de jubilación que percibía la Sra. Van den Booren como consecuencia de la aplicación de la Ley holandesa de 28 de marzo de 1985 que incrementaba la pensión de las mujeres casadas residentes en Holanda cuyo cónyuge no había estado asegurado en Holanda por haber ejercido una actividad en el extranjero. En aplicación del artículo 52 del Reglamento general de pensión de jubilación y de viudedad de trabajadores por cuenta ajena de Bélgica se ajustó la pensión de viudedad al porcentaje del 110% que hubiera correspondido de haber logrado el causante una carrera de seguro completa.

divorciado, se tuvo en cuenta la vida laboral y la retribución del antiguo cónyuge, mientras que la pensión de jubilación obtenida en Alemania se calculó sobre la base de los periodos de seguro cubiertos a título personal por la interesada, teniendo en cuenta, al propio tiempo, el número de años que efectivamente trabajó y la retribución que percibió durante dicho periodo, por lo que unas prestaciones como las controvertidas en el asunto principal se calculan o abonan sobre la base de la vida laboral de dos personas diferentes.

La conclusión de que ambas pensiones son de distinta naturaleza no puede quedar desvirtuada por el hecho de que la legislación belga asimile ficticiamente la pensión abonada al cónyuge divorciado a una pensión de jubilación de trabajador por cuenta ajena, al considerar los años de matrimonio como años de seguro, de manera que las prestaciones deben ser consideradas con independencia de las características propias de las diferentes legislaciones nacionales.

La cuestión sobre la naturaleza de las pensiones concurrentes a efectos de la aplicación de una cláusula anticúmulo y la caracterización de una cláusula de reducción se analiza también en la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2018 asunto Blanco Marqués C-431/16. La sentencia analiza si la suspensión del incremento del 20 % de la pensión de incapacidad permanente total en España cuando concurre con una pensión de jubilación suiza constituye una norma anticúmulo entre pensiones de la misma naturaleza una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación²⁶.

El Tribunal de Justicia considera que una norma como el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 constituye una cláusula de reduc-

ción contemplada como norma anticúmulo en el Reglamento de coordinación puesto que una norma nacional tiene tal calificación cuando el cálculo que impone tiene por objeto reducir el importe de la pensión a la que puede tener derecho el interesado debido a que percibe una pensión de otro Estado. Esta afirmación es extensible a una norma nacional que establece que el suplemento añadido a una pensión de un trabajador debe reducirse en el importe de una pensión de jubilación que el interesado puede solicitar en virtud de un régimen de otro Estado miembro. En este sentido el hecho de calificar las cláusulas de reducción nacionales de cláusulas para el cálculo o de reglas de prueba no supone que estas normas puedan eludir las condiciones y límites de aplicación impuestos por el reglamento de coordinación.

En segundo lugar el Tribunal de Justicia se plantea, como hemos dicho, si la pensión de incapacidad permanente y en concreto el incremento del 20 % que percibe de la institución española y la pensión de jubilación que percibe de la institución suiza son o no de la misma naturaleza. Para dilucidar tal cuestión hay que estar al objeto y la finalidad así como la forma de cálculo de las prestaciones controvertidas, sin que sea necesario atender a los elementos constitutivos o a las características formales. En este sentido, el objeto y la finalidad del complemento del 20 % es proteger a una categoría específica de personas particularmente vulnerables, como son los trabajadores comprendidos entre los 55 y los 65 años a los que se ha declarado en situación de incapacidad permanente total y para quienes resulta difícil encontrar empleo en una profesión diferente de la que ejercían anteriormente, de manera que para alcanzar dicho objetivo, se concede a esos trabajadores un complemento a la pensión de incapacidad permanente total, cuyo importe se fija en función de la base reguladora que se tiene en cuenta para determinar el importe de la pensión de incapacidad.

Por tanto, el complemento del 20 % y la pensión de incapacidad permanente total, de la que el complemento es accesorio presentan características análogas a las de las prestaciones de vejez, en la medida en que tiene por objeto garantizar medios de subsistencia a los

²⁶ De acuerdo con lo establecido en el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 tal como lo interpreta el Tribunal Supremo, el complemento del 20% queda en suspenso no solo cuando el beneficiario percibe rendimientos del trabajo, sino también cuando percibe una pensión de jubilación, puesto que se considera que es un ingreso de sustitución de los rendimientos de trabajo. En el mismo sentido, no procede establecer distinciones entre pensiones de jubilación nacional y pensiones percibidas en otro Estado miembro o en Suiza, de modo que unas y otras deben tenerse en cuenta del mismo modo a efectos de la aplicación de esta disposición.

trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual y que, habiendo alcanzado una cierta edad, tendrán además dificultades para encontrar un empleo en un ámbito diferente al de su profesión habitual.

En cambio, tanto la pensión de incapacidad permanente total como el complemento del 20 % se distinguen de una prestación por desempleo, cuyo objeto es cubrir el riesgo ligado a la pérdida de ingresos que sufre el trabajador como consecuencia de la pérdida del puesto de trabajo cuando conserva aún su aptitud para trabajar. En efecto, contrariamente a la finalidad de una prestación por desempleo, que tiene por objeto permitir al interesado permanecer en el mercado laboral cuando no está trabajando, la pensión de invalidez y el complemento del 20 % tienen por objeto conceder a su beneficiario medios económicos que le permitan satisfacer sus necesidades durante el periodo comprendido entre la declaración en situación de incapacidad permanente total y la edad de jubilación. De este modo en el caso de que el beneficiario de una pensión de incapacidad permanente total logre integrarse de nuevo en el mercado de trabajo con un empleo distinto del que ejercía anteriormente, la concesión de la pensión de incapacidad permanente total como tal sigue garantizada y solo queda en suspenso el abono del complemento del 20 % debido al desempeño de este nuevo empleo, que le permite recuperar una parte de los ingresos perdidos.

Abunda en lo dicho, el hecho de que la normativa española asimile ficticiamente, al alcanzar la edad de jubilación, la pensión de incapacidad permanente total con la jubilación, recordando el Tribunal a este respecto que ya ha declarado en la sentencia de 2 de julio de 1981 asunto Celestre y otros C-116/80, C-117/80 y C-119/80 a C-121/80 y en la sentencia de 18 de abril de 1989 asunto Di Felice C-128/88 que, cuando un trabajador percibe prestaciones por invalidez transformadas en pensión de vejez en virtud de la normativa de un Estado miembro y de prestaciones por invalidez que aún no se han transformado en pensión de vejez en virtud de la legislación de otro Estado miembro, la pensión de vejez y las pensión de invalidez deben considerarse de igual naturaleza.

Por tanto, a efectos de la aplicación de las normas antiacumulación de coordinación comunitaria el complemento del 20 % de la pensión de incapacidad permanente total y la pensión de jubilación percibida en Suiza deben considerarse pensiones de la misma naturaleza.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2016 asunto Jean-Michel Adrien y otros C-466/15 se estudia la aplicación de normas anticúmulo a una pensión nacional causada en un régimen nacional por la concurrencia con otra pensión causada en el régimen de pensiones de la Unión²⁷.

²⁷ El Sr. Adrien y el resto de los demandantes son funcionarios franceses que pasaron a la situación de servicios especiales como letrados en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la condición de agentes especiales y mediante contribución obligatoria al régimen de pensiones de los funcionarios de la Unión de manera que tiene derecho a causar a una pensión de este régimen en el caso de cumplir, al menos, diez años de servicios en una institución u organismo de la Unión. En el supuesto de que cesen en sus funciones antes de completar esos diez años, tiene derecho, fundamentalmente, según el tiempo de servicio prestado, bien a una indemnización por cese en el servicio igual al triple de las cuantías que hayan sido retenidas sobre el sueldo base en concepto de contribución a su pensión de jubilación, bien al ingreso en un seguro privado o en un fondo de pensiones de su elección del equivalente actual de los derechos de pensión de jubilación adquiridos de la Unión.

Según la normativa francesa, un funcionario en situación de servicios especiales en una institución o un organismo de la Unión debe elegir entre dos opciones en relación con su régimen nacional. Por un lado suspender su afiliación al régimen de pensiones francés por el tiempo en que se encuentra en situación de servicios especiales en cuyo caso durante ese tiempo se encontrará afiliado únicamente al régimen de pensiones de la Unión, quedando reducida su pensión del régimen francés de pensiones en proporción correspondiente a los años sin afiliación, si bien la pensión se acumula íntegramente con la pensión resultante de su afiliación al régimen de pensiones de la Unión. Por otra parte, el funcionario puede continuar contribuyendo al régimen francés de pensiones y, en consecuencia, seguir afiliado al mismo de manera que durante el tiempo en que esté en situación de servicios especiales adquiere derechos con arreglo al régimen francés, ahora bien, el derecho que reciba por este título sólo podrá completar la pensión que reciba del régimen de la Unión hasta el límite de la pensión que habría adquirido en el régimen nacional de no haber estado en situación de servicios especiales, por lo que la pensión de jubilación nacional queda reducida hasta el límite de la pensión adquirida en el régimen de pensiones de la Unión, de forma que el importe acumulado de ambas pensiones no supere el tope máximo fijado, si bien esta nivelación solo opera sobre la pensión nacional francesa.

En la cuestión prejudicial planteada el tribunal remitente se pregunta si el artículo 45 TFUE en relación con el artículo 48 TFUE y el artículo 4.3 del TUE, se oponen a una normativa nacional que produce el efecto de que un funcionario nacional en situación de servicios especiales en una institución u organismo de la Unión, que opta por seguir afiliado al régimen nacional de pensiones mientras se encuentra en situación de servicios especiales, pierde, total o parcialmente, las ventajas que se derivan de su afiliación al régimen de pensiones nacional.

El Tribunal de Justicia recordando su doctrina anterior (sentencias de 15 de marzo de 1989 asunto Echernach y Moritz 389/87 y 390/87 apartado 11; de 16 de febrero de 2006 asunto Rockler C-137/04 apartado 15 y de 4 de julio de 2013 asunto Gardella C-233/12 apartado 25) afirma la necesaria aplicación de las disposiciones del TRFUE relativas a la libre circulación de los trabajadores a los nacionales de Estados de la Unión Europea que trabajen en otro Estado miembro diferente al suyo como consecuencia de prestar servicios en una organización internacional, que deben disfrutar de los derechos y ventajas sociales derivadas del artículo 45 TFUE. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia recuerda que el artículo 45 TFUE se opone a cualquier medida que, aunque se aplique sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo para los nacionales de la Unión el ejercicio de su derecho a la libre circulación.

Pues bien, partiendo de estas dos premisas el Tribunal afirma que las reglas del tope máximo y de la consecuente nivelación de la pensión nacional, tiene por efecto que un funcionario en situación de servicios especiales a consecuencia de la prestación de servicios en una institución u organismos de la Unión

El Sr. Adrien y el resto de los demandantes optaron por ser afiliados al régimen de pensiones francés durante su situación de servicios especiales teniendo derecho a percibir pensiones en ambos regímenes, si bien dado que las pensiones de la Unión que perciben o percibirán son superiores a las pensiones francesas que habrían percibido de no haber estado en situación de servicios especiales, no percibirán pensión del régimen de pensiones francés.

Europea, a pesar de estar afiliado al régimen nacional de pensiones, pierda total o parcialmente las ventajas de esta afiliación lo que puede suponer un obstáculo o hacer menos atractivo el ejercicio por su parte de la libertad de circulación. Por otro lado a juicio del Tribunal de Justicia el carácter facultativo del mantenimiento de la afiliación al régimen nacional de pensiones no altera la conclusión anterior pues cuando un régimen nacional de pensiones permite que sigan afiliados los funcionarios en situación de servicios especiales, tal facultad debe organizarse de modo que no produzcan efectos obstructivos.

A este respecto, hay que señalar que no altera la naturaleza perturbadora de la norma nacional el hecho de que la no aplicación de la norma pueda deparar a los funcionarios en situación de servicios especiales un trato más favorable que el que reciben aquellos que desarrollan toda su carrera en el Estado miembro de origen. Al contrario, lo que ocurre es que la normativa cuestionada representa para el funcionario en situación de servicios especiales afiliado al régimen de pensiones de la Unión como al régimen nacional de pensiones, un tratamiento más desfavorable que el que recibe un funcionario que se queda en el Estado miembro que sólo está afiliado a un régimen nacional, en la medida en que sólo el primero experimenta, a pesar de haber cotizado simultáneamente a ambos regímenes, una pérdida total o parcial de las ventajas que se derivan de su afiliación al régimen nacional de pensiones, en caso de que cause derecho a pensión en el régimen de pensiones de la Unión.

Por lo expuesto, el Tribunal responde al órgano remitente en el sentido de que la normativa nacional se opone al artículo 45 TFUE cuando produce el efecto de que un funcionario nacional en situación de servicios especiales en una institución u organismos de la Unión que opta por seguir afiliado al régimen nacional de pensiones mientras se encuentra en servicios especiales pierde total o parcialmente las ventajas derivadas del mantenimiento de su afiliación al régimen nacional.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2005 asunto Koschitzki C-30/04 se pronuncia sobre si constituye una cláusula de reducción una normativa

nacional que no toma en cuenta para determinar la pensión teórica que sirve de base para el cálculo de una pensión prorrateada el complemento de destinado a alcanzar la pensión mínima prevista en esa normativa nacional, cuando se superan los límites de ingresos fijados por la legislación nacional relativa a dicho complemento.

Para contestar a la cuestión planteada el Tribunal recuerda que en su sentencia de 24 de septiembre de 1998 asunto *Stinco y Panfilo C-132/96* declaró que el actual artículo 52.1.b) del Reglamento 883/2004 (anterior 46.2 del Reglamento 1408/71), debía interpretarse en el sentido de que, para determinar la cuantía teórica de la pensión que servía de base para determinar la pensión prorrateada, la institución competente tenía que tomar en consideración el complemento destinado a alcanzar la pensión mínima prevista por la legislación nacional, puesto que si hubieran tenido derecho a las pensiones nacionales, habrían tenido derecho efectivamente a una pensión en dicha cuantía. Ahora bien en el caso de referencia los ingresos de los Sres. *Stinco y Panfilo* no alcanzaban el límite de ingresos establecido y por tanto, tenían derecho al citado complemento. En cambio, en el caso enjuiciado los ingresos de la Sra. *Koschitzki* se superan estos límites.

Para contestar a la pregunta el Tribunal de Justicia considera necesario primeramente estudiar el artículo 52.1.b) del Reglamento 883/2004 a la luz de su tenor y finalidad. De esta forma del texto de la norma se deduce que esta tiene por objeto garantizar al trabajador la cuantía teórica a la que tendría derecho si el asegurado hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en el Estado miembro de que se trata tal como declaró el Tribunal en su sentencia de 26 de junio de 1980 asunto *Menzies 73/79*. En cuanto a la finalidad de la norma el Tribunal de Justicia declara que el cálculo debe realizarse con el objeto de garantizar al trabajador la cuantía teórica máxima a la que tendría derecho si todos sus periodos de seguro se hubieran cubierto en el Estado de que se trata. De esto se desprende que si la legislación de un Estado miembro prevé que el derecho al complemento está supeditado al requisito general de que el beneficiario no tenga ingresos superiores a un tope determinado, o a que sus ingresos

acumulados con los de su cónyuge con la que conviva no superen un tope más elevado, debe tomarse también en consideración esta disposición para calcular la cuantía teórica. El Tribunal además señala que el hecho de que el complemento se denomine como “prestación” no prejuzga en modo alguno la manera en que debe tomarse en consideración el complemento de manera que la obligación de considerar el complemento no implica una obligación de darle un contenido diferente al que este tiene conforme a la legislación nacional.

En segundo lugar el Tribunal de Justicia analiza si la fijación por la legislación italiana de un tope de ingresos para determinar el cómputo del complemento por mínimos en la pensión teórica puede considerarse como una cláusula de reducción en el sentido establecido en el artículo 53 y 56 del Reglamento 883/2004 (antiguos artículos 46 bis y 46 quater del Reglamento 1408/71). Según el Tribunal de Justicia solo se podría llegar a esa conclusión desde una lectura errónea del reglamento de coordinación, puesto que una norma nacional debe ser calificada de cláusula de reducción si el cálculo que impone tiene por efecto reducir el importe de la pensión que puede solicitar el interesado por disfrutar de una prestación en otro Estado miembro, por el contrario no constituye una cláusula de reducción una norma nacional como la que se trata en el asunto enjuiciado.

Por tanto, el Tribunal concluye que el actual artículo 52.1.b) del Reglamento 883/2004 debe interpretarse en el sentido de que, para determinar la cuantía teórica de la pensión que sirve de base para el cálculo de la pensión prorrateada, la institución competente no está obligada a tomar en consideración un complemento destinado a alcanzar la pensión mínima prevista por la legislación nacional cuando, debido a la superación de los límites de ingresos fijados por la legislación nacional relativa a dicho complemento, un asegurado que hubiera ejercido toda su actividad profesional en el Estado miembro de que se trata no podría obtener tal complemento.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2016 asunto *Comisión Europea contra Malta C-12/14* se pronuncia sobre un asunto colateral relativo a si un Estado está

condicionado por las reglas anticúmulo establecidas en los reglamentos de coordinación, cuando la norma por la que se reconoce la pensión extranjera que propicia una reducción no ha sido declarada en los términos establecidos en el artículo 9.1 del Reglamento 883/2004²⁸. La sentencia enjuicia el procedimiento por incumplimiento presentado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la Comisión Europea contra la República de Malta por la eventual incompatibilidad de la legislación maltesa con las disposiciones del reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social sobre cláusulas anticúmulo al preverse la reducción de pensiones de vejez maltesas a consecuencia de su concurrencia con determinadas pensiones británicas, sin que la autoridad maltesa aplicara lo previsto en el artículo 54 del Reglamento 883/2004.

La República de Malta alegó que los regímenes de pensión británicos no habían sido mencionados en las declaraciones hechas por el Reino Unido en virtud de lo establecidas en el artículo 9.1 del Reglamento 883/2004, al considerar dicho Estado que esas pensiones no se encontraban comprendidas en el ámbito material de aplicación de los reglamentos de coordinación

El Tribunal de Justicia realiza una consideración previa en relación con el fundamento de la declaración establecida en el artículo 9 del Reglamento 883/2004 señalando que el principio de cooperación leal enunciado en el artículo 4.3 TFUE exige que todo Estado miembro realice una declaración de los regímenes de protección que considera comprendidos en el ámbito de aplicación material del reglamento de coordinación tras un examen diligente de sus propios regímenes de Segu-

ridad Social y por ende, los demás Estados miembro deben actuar según dichas declaraciones que deben ser tenidas en cuenta por estos, mientras no sean modificadas o retiradas. En este sentido incumbe al Estado miembro que ha realizado la declaración reconsiderar el fundamento de ésta y, en su caso, modificarla cuando otro Estado miembro duda acerca de la exactitud de dichas declaraciones, si bien, esta aseveración no implica que un Estado miembro esté privado de cualquier posibilidad de reaccionar cuando llega su conocimiento información que suscita dudas acerca de la exactitud de las declaraciones efectuadas por otro Estado miembro.

Así, en primer lugar ante las dudas que pueda tener un Estado miembro sobre las declaraciones efectuadas por otro, se puede intentar llegar a un acuerdo en relación a la calificación de las legislaciones o los regímenes y si no se llega al acuerdo el Estado que tiene la duda puede dirigirse a la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. En segundo lugar si la Comisión Administrativa no logra conciliar los puntos de vista corresponde al Estado miembro que duda de la exactitud de la declaración de otro Estado miembro dirigirse a la Comisión, o en último término, iniciar un procedimiento por incumplimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 259 TFUE, con el fin de permitir al Tribunal de Justicia examinar la cuestión de la legislación aplicable.

Por tanto, el hecho de que un Estado miembro haya incluido una Ley o reglamentación nacional en su declaración, conforme a lo establecido en el artículo 9.1 del Reglamento 883/2004, permite afirmar que las prestaciones concedidas en virtud de dicha norma están incluidas en el ámbito de coordinación de los reglamentos, mientras que la circunstancia de que la norma no haya sido objeto de declaración de este tipo no permite afirmar, por sí sola, que dichas normas no estén comprendidas en el ámbito objetivo de la coordinación.

Así las cosas, a falta de una obligación general a cargo de los Estados miembros de verificar si la normativa de los demás Estados miembros está comprendida en el ámbito de aplicación material del reglamento de coordinación, un órgano jurisdiccional que conozca

²⁸ Tres ciudadanos malteses presentaron ante el Parlamento Europeo solicitudes denunciando que del importe de la pensión de jubilación que percibían de la institución competente de Malta se había deducido conforme a lo establecido en el artículo 56 de la Ley Maltesa de Seguridad Social determinadas cantidades a consecuencia de la percepción de pensiones británicas a consecuencia de la prestación de servicios en la función pública del Reino Unido. La Comisión envió requerimiento a la República de Malta acerca de la posible incompatibilidad de la norma nacional con el artículo 54 del Reglamento 883/2004.

del litigio puede ser siempre llamado a pronunciarse sobre la calificación del régimen de que se trata y en su caso plantear cuestión prejudicial, pero por el contrario los Estados miembros distintos del que la instituido la norma que no ha sido declarada, no tiene el deber de determinar por su cuenta si ésta debe considerarse comprendida en el ámbito de aplicación de los reglamentos.

La validez de las cláusulas anticúmulo se puede verificar desde la aplicación del derecho originario como se hace en la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2000 asunto Engelbrecht C-262 para un supuesto similar al que hemos contemplado en la sentencia Van Munster en relación con la igualdad de trato entre hombres y mujeres. En este caso la sentencia, sin entrar a estudiar la regulación de las cláusulas anticúmulo establecidas en los reglamentos comunitarios responde a la cuestión relativa a la reducción de pensiones aplicando el derecho originario de la Unión Europea y en concreto el artículo 45 TFUE. El Tribunal declara que puede obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad la pérdida o la reducción de una ventaja social en detrimento de un trabajador por el mero hecho de que se tenga en cuenta una prestación de la misma naturaleza concedida a su cónyuge en virtud de la legislación de otro Estado miembro, cuando, por un lado, la concesión de esta última prestación no haya provocado un aumento de los ingresos globales del matrimonio y cuando, por otro lado, coincida con la reducción equivalente de la pensión persona que corresponde al trabajador conforme a la legislación de ese mismo Estado.

Como vemos la validez de las cláusulas anticúmulo hay que estudiarla desde una interpretación restrictiva al suponer una limitación al ejercicio de la libertad de circulación. Esto es que lo que hace la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de febrero de 2015 asunto Hendrika Bouman C-114/13 al interpretar el artículo 53.3.c) del Reglamento 883/2004 (anterior artículo 46 bis del Reglamento 1408/71) y en concreto, estudiar si la parte de un prestación reconocida por la institución de pensiones holandesa basada en un periodo de seguro durante el cual

el interesado puede renunciar al alta mediante una solicitud liberándose de la obligación de cotizar se debe asimilarse a la una prestación abonada por un seguro voluntario o facultativo continuado que la institución debe no tomar en cuenta a efectos de la aplicación de una cláusula de reducción²⁹.

El Tribunal de Justicia señala que el concepto de “seguro voluntario o facultativo continuado” pone de manifiesto la existencia de divergencias entre las legislaciones nacionales, si bien todas ellas, muestran la intención de abarcar todos los tipos de seguro con un elemento voluntario. En este sentido, hay que tener en cuenta que las disposiciones del Reglamento deben interpretarse a la luz del artículo 48 TFUE que persigue facilitar la libre circulación de trabajadores e implica, en particular, que los trabajadores migrantes no deben perder los derechos a las prestaciones de Seguridad Social ni sufrir una reducción de la cuantía de éstas por haber ejercitado el derecho a la libre circulación. Por tanto, el concepto de seguro facultativo o voluntario debe interpretarse de forma que se excluya la posibilidad de que el trabajador resulte privado, en virtud de las normas nacionales que prohíben la acumulación, del disfrute de los periodos de seguro cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro. De este modo el concepto incluye todos los tipos de seguro que tiene un elemento voluntario, careciendo de trascendencia si se trata o no de la continuación de una relación de seguro establecida anteriormente.

En el caso objeto del litigio el carácter facultativo o voluntario puede derivarse tanto del hecho de que el interesado deba solicitar

²⁹ La Sra. Bouman es ciudadana holandesa que residió en Holanda hasta 1957 y en Bélgica hasta 1974. Percibe una pensión de viudedad belga a consecuencia del fallecimiento de su esposo natural de dicho Estado miembro. Tras su regreso a Holanda cotizó a una pensión de vejez holandesa. La Sra. Holandesa de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del Decreto de 24 de diciembre de 1998 solicitó y obtuvo una dispensa de alta durante los últimos cuatro años inmediatamente anteriores a la edad de jubilación, por lo que dejó de cotizar al régimen de la seguridad social holandés.

La institución de Seguridad Social belga acordó deducir de la pensión de viudedad la pensión de vejez percibida en Holanda.

su alta en el régimen de seguro o en la continuación del seguro, como del hecho de que tenga derecho a obtener una dispensa del alta, pues ambas situaciones implican una opción del asegurado y ponen de manifiesto que el alta, si continua, es facultativa.

Según el Tribunal que el objetivo de la disposición del Reglamento de coordinación comunitaria, consiste en no privar al interesado del disfrute de todos los períodos de seguro voluntario o facultativo continuados cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro, y

por tanto, se opone a dicho objetivo toda interpretación limitada del concepto en cuestión, que solo tome en consideración los posibles objetivos de la normativa nacional.

Por tanto, el concepto de seguro facultativo o voluntario continuado puede comprender la facultad del interesado de decidir continuar o suspender el alta en un régimen de seguro obligatorio durante determinados períodos, en la medida en que dicha opción repercute en el alcance la futura prestación social.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

Para garantizar el principio de libre circulación de trabajadores y en particular el derecho a residir en uno de los Estados miembros de la Unión Europea con objeto de ejercer en dicho Estado un empleo, el artículo 45 TFUE dispone que la libre circulación de trabajadores supone la abolición de toda circunstancia por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros.

Para la garantía de este objetivo resulta fundamental la aplicación del principio de igualdad de trato, en sus distintas vertientes: igualdad de trato con independencia de la residencia, de la nacionalidad, del género, entre nacionales del mismo Estado por razón de haber sido migrantes o sedentarios. Igualmente resulta necesario establecer reglas de ponderación en el resultado de la aplicación de cláusulas anticúmulo entre pensiones concurrentes otorgadas por diferentes Estados miembros.

Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han sido numerosas sobre estas materias lo que ha permitido perfilar un importante cuerpo doctrinal al respecto.

El Tribunal de Justicia ha manifestado en variadas ocasiones que los objetivos establecidos en los artículos 45 y 48 TFUE no se alcanzarían si como consecuencia del ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores se tuvieran que perder los beneficios que les concede la legislación de un Estado miembro, particularmente cuando tales beneficios constituyen la contrapartida de las cotizaciones que pagaron.

No obstante, en relación con las prestaciones especiales de carácter no contributivo el Tribunal de Justicia ha declarado que el legislador nacional puede legítimamente adoptar en el contexto de la aplicación del artículo 48 TFUE disposiciones que establezcan excepciones al principio de exportabilidad de las prestaciones, de manera que por razones estrechamente ligadas al entorno social cabe legítimamente imponer como requisito constitutivo de un derecho la residencia en el Estado de la institución competente, si bien esta posibilidad hay que interpretarla restrictivamente siendo necesario en todo caso, justificar y acreditar dichas razones.

Los obstáculos a la libertad de residencia con la finalidad de realizar un empleo pueden establecerse de forma directa o indirecta cuando a través de una norma aparentemente neutral sitúan en desventaja a los trabajadores que usaron su derecho a buscar un empleo en otro Estado.

Igualmente, para garantizar la libre circulación se debe asegurar que las personas que residen en un Estado miembro distinto del que son nacionales se les aplican los mismos derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social que a los nacionales de dicho Estado. Ahora bien, este derecho se limita a los supuestos en los que los beneficios que se pretenden se fundan en la consideración de trabajador o de residente. En este sentido se deben considerar discriminatorios los requisitos de derecho nacional que, aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad afecten fundamentalmente o en su mayoría a los trabajadores migrantes, así como cuando los requisitos que indistintamente se establezca puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes. Así las cosas, el principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría perjudicada las mismas ventajas que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que el principio de leal cooperación obliga a las autoridades competentes de los Estados miembros a utilizar todos los medios de que dispongan para lograr, los objetivos determinados en el artículo 45 TFUE.

Una de las vertientes más trascendentes del principio de igualdad de trato es el que se refiere a la no discriminación en materia de Seguridad Social entre hombre y mujeres. En tal sentido, el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE establece que el principio de igualdad, supone la ausencia de discriminación por razón de sexo ya sea directa o indirecta.

El Tribunal de Justicia ha declarado con reiteración que la discriminación se produce cuando una norma peyorativa, aun aparentemente neutral afecta a mayor número de mujeres que de hombres, salvo que exista una razón objetiva que lo justifique, y así no se opone a este principio que en los casos de realización de trabajos a tiempo parcial, en España particularmente feminizados, el cálculo de la prestación se realice prorratea temporis teniendo en cuenta los periodos trabajados a tiempo completo o a tiempo parcial. De esta forma, resulta fundamental el elemento estadístico como indiciario de la discriminación, lo que exige un análisis del contexto normativo y protector en el que la norma aparentemente discriminatoria desvuelve sus efectos.

En cuanto al establecimiento de cláusulas limitativas de las pensiones por su concurrencia con otros Estados el Tribunal de Justicia declara que no se alcanzarían los objetivos del Tribunal relativos a la libre circulación, si como consecuencia del ejercicio de dicho derecho, los trabajadores tuvieran que perder prestaciones que les garantiza únicamente la legislación de un Estado miembro. De esta manera como regla general la normativa comunitaria no puede implicar una discriminación de las prestaciones concedidas en virtud de la legislación de un Estado miembro. Así, cuando la prestación se determine con arreglo a la legislación nacional la institución competente podrá aplicar normas limitativas mientras que cuando aplique normas de derecho comunitario la institución competente no debe tener en cuenta las cláusulas que prohíben o limitan la acumulación.

En todo caso, hay que tener en cuenta que las normas que establecen la limitación o la pérdida de prestaciones por su concurrencia con las de otro Estado solo se pueden corresponder con el objetivo de evitar acumulaciones injustificadas derivadas especialmente de la superposición de periodos de seguro y de periodos asimilados y por lo tanto en cuanto restrictivas de la libertad a la circulación de los trabajadores deben interpretarse de una forma restrictiva.

Palabras clave: Circulación; igualdad de trato; residencia; nacionalidad; migración; hombres y mujeres; no acumulación.

ABSTRACT In order to guarantee the principle of free movement of workers and, particularly, the right to reside in one of the Member States of the European Union and to have a job in that State, Article 45 TFEU provides that the free movement of workers entails the abolition of all circumstances on grounds of nationality among workers of the Member States.

So as to meet this objective, it is essential to apply the principle of equal treatment in its different aspects: equal treatment regardless of residence, nationality or gender, between nationals of the same State because of having been migrant or non-migrant workers. It is also necessary to establish weighting rules in the application of anti-cumulative clauses between concurrent pensions granted by different Member States.

The judgements of the Court of Justice of the European Union have been numerous on this issue, which has allowed to outline an important doctrinal body in this regard.

The Court of Justice has stated on various occasions that the objectives set out in Articles 45 and 48 TFEU would not be achieved if, as a consequence of the exercise of the right to free movement of workers, the benefits granted by the legislation of a Member State were to be lost, particularly when such benefits constitute the counterpart of the contributions they paid.

However, in relation to non-contributory special benefits, the Court of Justice has declared that national legislators may legitimately adopt, in the context of the application of Article 48 TFEU, provisions that establish exceptions to the principle of exportability of benefits, so for reasons closely linked to the social environment, it is a legitimate condition to impose residence in the State of the competent institution, although this possibility must be interpreted restrictively, being necessary in any case to justify and accredit such reasons.

Some obstacles to freedom of residence might be directly or indirectly established for employment when by means of an apparently neutral rule workers that used their right to seek employment in another State are at a disadvantage.

Likewise, in order to guarantee free movement, it must be ensured that persons residing in a Member State other than that of which they are nationals, are subject to the same rights and obligations in matters of Social Security as nationals of that State. However, this right is limited to the cases in which the benefits claimed are based on being a worker or a resident. In this sense, the requirements of national legislation must be considered discriminatory, although they apply regardless of nationality, they mainly or mostly affect migrant workers, as well as when the requirements that are indistinctly established can be more easily met by national workers than by migrant workers. Thus, the principle of equality can only be guaranteed by granting people in the affected category the same advantages enjoyed by people in the privileged category.

On the other hand, the Court of Justice of the European Union declares that the principle of loyal cooperation obliges the competent authorities of the Member States to use all the means at their disposal to achieve the objectives set out in Article 45 of TFEU.

One of the most important aspects of the principle of equal treatment is the one which refers to non-discrimination in matters of Social Security between men and women. In this regard, Article 4.1 of Directive 79/7/EEC establishes that the principle of equality implies the absence of discrimination based on sex, whether direct or indirect.

The Court of Justice has repeatedly stated that discrimination occurs when a pejorative, even seemingly neutral rule affects more women than men, unless there is an objective reason that justifies it, and thus it does not oppose this principle that in cases of part-time work, particularly feminized in Spain, the calculation of the benefit is made *pro rata temporis* taking into account the periods worked full-time or part-time. Therefore, the statistical element is essential as an indicator of discrimination, which requires an analysis of the legislative and protective context in which the apparently discriminatory rule unfolds its effects.

In relation to the establishment of limitation clauses for pensions due to their concurrence with other States, the Court of Justice declares that the objectives of the Court regarding freedom of movement would not be attained if, as a consequence of exercising that right, workers had to lose benefits which are only guaranteed by the legislation of a Member State. In this way, as a general rule, Community legislation cannot imply discrimination of benefits granted under the legislation of a Member State. Thus, when the benefit is determined in accordance with national legislation, the competent institution may apply limiting rules, whereas when applying community legislation, the competent institution should not take into account the clauses that prohibit or limit accumulation.

In any case, it must be borne in mind that the rules that establish the limitation or loss of benefits due to their concurrence with those of another State can only be met with the aim of avoiding unjustified accumulations derived especially from the overlapping of insurance periods and assimilated periods and, therefore, if they are limiting the freedom of movement of workers they must be interpreted in a restrictive way.

Keywords: Movement; equal treatment; residence; nationality; migration; men and women; non-accumulation.

Quince años de movilidad y libre circulación de trabajadores de la UE/EEE y sus familias en España: retrospectiva y retos

Fifteen years of posting and free movement of workers in the EU/EEA and their families in Spain: retrospective view and challenges

EMILIANO GARCÍA COSO*

LOS AVANCES Y TENSIONES HACIA UN ESPACIO DE MOVILIDAD EUROPEA

Transcurridos más de 60 años desde el inicio de una nueva visión de cómo entender y aglutinar las múltiples diferencias culturales, políticas y realidades económicas bajo un mismo proyecto integrador europeo, uno de sus logros más importantes, desde la perspectiva ciudadana, es la posibilidad de circular, residir y trabajar en un espacio común. Desde el origen del proceso de integración, la movilidad fue concebida como un elemento clave para avanzar en la integración europea al amparo de la libre circulación de trabajadores y personas¹.

* Profesor de Derecho de la UE, Decano Internacional, Centro de Educación Superior Sergio Arboleda, (Centro Adscrito a la URJC). Miembro de la Red Odysseus de Expertos en Inmigración y Asilo.

¹ DE BRUYCKER P. La libre circulation des citoyens européens entre codification et réforme, Présentation générale de la directive 2004/38, in: J. Y. CARLIER, E. GUILD (eds), *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, 2006, pp. 21-43. Brussels, Bruylant. GROENENDIJK, K; "Forty years of Free Movement of Workers: Has It been a Success and Why" in *Rethinking the free movement of workers: The European Challenges Ahead*, MINDERHOUD, TRIMIKLIOTIS, N; (eds) Wolf Legal Publishers, 2009, pp. 11-24. CARLIER J. Y., *La condition des personnes dans l'Union européenne*. 2007, Brussels: Larcier. CARLIER J. Y. Opérateur économique, citoyen, 'personne': quelle liberté choisir pour la pro-

A pesar del tiempo transcurrido, el camino para garantizar el disfrute pleno de una movilidad laboral y personal intraeuropea no ha culminado. De hecho, se puede señalar que los avances logrados, bajo un claro influjo funcionalista o "Monnetsiano", se han caracterizado por realizaciones concretas que se remontan 50 años atrás. La contribución de las Directivas de los años 60 complementadas con el Reglamento 1612/68, supusieron un paso relevante en pro de la movilidad y de la libre circulación, que alcanzó una dimensión política 25 años atrás con la creación de la noción de "ciudadanía europea" con las reformas introducidas por el Tratado de Ámsterdam en 1992. El corolario a estas iniciativas fue la aprobación hace quince años de la Directiva 2004/38. Como era y es habitual en el proceso europeo de integración, la misma es un claro reflejo de las tensiones entre los intereses europeos y los intereses nacionales. A pesar del tiempo transcurrido desde su aprobación e implementación en los Estados miembros, su correcta aplicación sigue siendo un escena-

tection de ses droits? E pluribus unum, in: E. Dubout, A. Maitrot de la Motte (eds), *L'unité des libertés de circulation, In variété concordia*, 2013, pp. 233-249. Brussels: Bruylant. CARLIER J. Y., "La libre circulation des personnes dans l'Union européenne: chronique". *Journal de droit européen*, 2014, 167: 172-173.

rio de disputas jurídicas y judiciales² tanto a nivel del Tribunal de Justicia de la UE como en los tribunales nacionales, entre ellos, los españoles.

Los obstáculos para disfrutar de una de las libertades derivadas del concepto de ciudadanía europea han sido y son de diferente origen y naturaleza. Un primer escollo, se deduce del propio proceso negociador de las normas europeas que regulan la movilidad y libertad de circulación de trabajadores y personas. Una lectura detallada de los debates entre el Consejo y el Parlamento Europeo de las propuestas de la Comisión Europea, evidencian claramente las tensiones implícitas a la hora de otorgar más o menos derechos en función del proponente y se refleja de forma meridiana al optar como instrumento legal de consenso por la adopción de una Directiva, como norma de armonización de mínimos. Las tensiones explícitas se reflejan en el contenido de las Directivas en las que abundan en exceso las disposiciones de carácter facultativo para los Estados miembros a la hora de implementarlas en los ordenamientos nacionales en detrimento de las disposiciones obligatorias. A esta fuente de frustración de los ciudadanos europeos se suma la transposición tardía o incompleta de los mínimos acordados por los Estados miembros.

Este es el caso de la Directiva 2004/38, que después de 15 años de su “efecto útil”, continúa siendo un foco de tensiones entre los Estados y ciudadanos de la UE y sus familias que quieren disfrutar de los derechos contemplados en ella, ejerciendo su derecho a la movilidad y a la libre circulación. En esta dinámica entre en juego la propia Comisión Europea quién ha afirmado abiertamente que el proceso de transposición de la Directiva es “insatisfactorio” y “decepcionante”³.

² Ludvine DAMAY & Heidi MERCENIER, “Free movement and EU citizenship: a virtuous circle?”, *Journal of European Public Policy*, 2016, 23:8, 1139 1157, DOI: 10.1080/13501763.2016.1186212.

³ COM (2009) 313 final, 2/7/2009, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States,” The report concluded that the overall

A pesar de esta proclama, la propia Comisión no está exenta de responsabilidad. Llama poderosamente la atención que solo haya abierto, desde 2009, cinco procedimientos de infracción contra los Estados miembros por incumplimiento de la Directiva 2004/38. En realidad, sería deseable una acción más contundente y sostenida en el tiempo, habida cuenta que, año tras año, se evidencia una transposición incompleta en numerosos Estados miembros de diversas disposiciones de la Directiva 2004/38. Situación agravada por el hecho que aunque la transposición formalmente se haya podido realizar se están produciendo aplicaciones administrativas peculiares e interpretaciones judiciales discutibles que están minando el “efecto útil” de la misma y los derechos que la misma reconoce en pro de la movilidad y la libre circulación de trabajadores, personas y sus familias.

El alegato a favor de una posición más combativa de la Comisión Europea, no solo se sustenta en su función de guardiana del Derecho de la UE, sino en el aspecto más cualitativo desde el prisma de la ciudadanía, basado en que se estaría dando una pobre respuesta a los 17 millones de ciudadanos de la UE/EEE y sus familias que viven y trabajan en otro Estado miembro distinto del de su nacionalidad.

transposition of the Directive was rather disappointing, particularly as regards Chapter VI.” COM (2008) 840 final report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008DC0840&from=ES>. <TitreType>Repor RReport European Parliament, LIBE Committee, 23.3.2009, <Titre>on the application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States</Titre> <DocRef>(2008/2184(INI))</DocRef> <Commission>{LIBE}Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs</Commission> Rapporteur: <Depute>Adina-loana Vălean. “...according to the Commission Report, the overall transposition of Directive 2004/38/EC is disappointing, as not one Member State has transposed the Directive effectively and correctly in its entirety and, moreover, not one article of the Directive has been transposed effectively and correctly by all Member States”. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2009-0186+0+DOC+XML+VO//EN>

COMPOSITION OF INTA-EU MOBILITY BY DIFERENT TYPES, EU-28 CITIZENS IN THE EU-28, 206

Type of mobility	Extent
"Long Term" EU-28 movers of working age (20-64 years) living in EU-28* (Eurostat demography figures)	11.8 million
(as share of the total working-age population in the EU-28*	3.9 %
EU-28 movers of working age living in EU-28** (EU-LFS figures)	11 million
...of which active EU-28 movers (employed or looking for work)**	9.1 million
(as share of the total labour force in the EU-28)	4 %
Cross-border workers (20-64 years) **	1.4 million
(as share of the total employed in the EU-28)	0.6 %
Number of postings ³³ (of employed and self-employed), (no. of PDs A1)***	2.3 million
Annual return mobility (20-64 years) (2015) ****	614,453
(as share of EU-28 nationals leaving their country of origin in 2014) *****	55 %

Fuente: 2017 Annual Report on intra-EU Labour Mobility, pp.22.

De acuerdo al Informe anual de 2017 sobre "intra-EU labor mobility" publicado en marzo de 2018⁴, "Year by year, the "stocks" are increasing by 5 %: More than 1 million extra EU citizens go to another EU country every year; and in 2016, nearly 12 million EU citizens of working age (and 17 million people of all ages) were residing in another Member State. From 2006 to 2015, the "stocks" increased by 51 % altogether.... Every day, 1.4 million Europeans commute to another Member State to go to work. There are 2.3 million posting operations going on to carry out services in another Member State on a temporary basis".

La cantidad de ciudadanos UE/EEE y sus familiares, afectados, actual potencialmente, por una insatisfactoria o decepcionante implementación de la Directiva 2004/38 es considerable cuantitativamente. Todos ellos merecen un compromiso real a nivel de la UE y nacional para garantizar sus derechos en un espacio común, de manera que no solo un estereotipo sino una realidad. En este sentido, no se puede obviar, que los 17 millones de ciudadanos UE/EEE y sus familiares viviendo y trabajando en otro Estado miembro repre-

sentan una población muy superior a varios de los Estados miembros que integran la UE. Cuantitativa y cualitativamente, este volumen de ciudadanos ejerciendo sus derechos a la movilidad intra-europea son una clara manifestación del "demos" europeo. En el disfrute y ejercicio del derecho a la movilidad y circulación, estos ciudadanos se convierten en los canales idóneos para compartir, aprender y vivir unos valores y cultura común contribuyendo a consolidar la idea de una ciudadanía europea "única" para un espacio de libertad, seguridad y justicia para todos⁵.

La defensa de una mayor movilidad intra-europea se encuentra sujeta a la tensión natural entre las visiones más pro-europeas frente a las euroescépticas en la aplicación de los instrumentos legales que garantizan la misma. Pese a ello, se puede decir que sociológica y políticamente, los avances logrados son en conjunto un reflejo del fin último a lograr: un espacio uniforme y armonizado para disfrutar el derecho de movilidad y libre circulación de trabajadores y personas. En tanto derecho de alcance territorial europeo y con un potencial de 511 millones de beneficiarios,

⁴ V <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2637906c-316a-11e8-b5fe-01aa75ed71a1/language-en>

⁵ *Common Market Law Review* Editorial. 'The Free Movement of Persons in the European Union: Salvaging the Dream While Explaining the Nightmare', *Common Market Law Review*, 2014,51:3, 729-4.

el derecho de movilidad y libre circulación se ve expuesto a reacciones nacionales para tratar de limitarlo bien en su aplicación por las autoridades administrativas, bien en su interpretación judicial.

La crisis económica y sus efectos desde el 2008 ha contribuido a interpretaciones cada vez más restrictivas de este derecho e incluso a un replanteamiento de todo el proceso de integración europea cuyo máximo exponente es la aprobación el 26 de noviembre de 2018 del Acuerdo de separación del Reino Unido de la Unión Europea o "Brexit", en el que una de las dificultades negociadoras ha sido los efectos sobre la movilidad y libre circulación de los ciudadanos de la UE en el Reino Unido y viceversa.

En esta dinámica de tensiones, España no es una excepción a la ausencia de implementación completa de la Directiva 2004/38 y los derechos en ella previstos. Por diferentes circunstancias, las autoridades españolas han venido dando interpretaciones y alcances diversos a estos derechos. Por ello, está justificado abordar el análisis, en primer lugar, cómo se ha ido produciendo la implementación progresiva de las disposiciones de la Directiva 2004/38 en el marco legal español, relativas a la entrada y salida de ciudadanos de la UE/EEE y sus familias, para pasar a contrastar el régimen legal de expulsión de ciudadanos de la UE/EEE y sus familias con la aplicación administrativa en España y la interpretación judicial dada por los tribunales españoles, todo ello contrastándolo con la reiterada jurisprudencia del TJUE en este ámbito.

EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL PARA LOS CIUDADANOS DE LA UE/EEE Y SUS FAMILIAS: LA NECESIDAD DE UNA MAYOR APROXIMACIÓN PARA UNA MOVILIDAD PLENA

El examen del proceso de implementación de los derechos previstos en la Directiva 2004/38 en los Estados miembros⁶ denota, como primera conclusión, que lo que debería ser excepcional se ha transformado en regla

⁶ *Op.cit.* COM (2009) 313 final, 2/7/2009.

y los mínimos comunes son todavía un proceso inacabado. En una retrospectiva, las autoridades españolas no transpusieron la Directiva 2004/38 el 30 de abril de 2006. Formalmente, se logró un año más tarde con la aprobación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada y residencia en España de ciudadanos de la UE y otros Estados partes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Este Real Decreto entró en vigor el 28 de abril 2007⁷.

A pesar de la transposición formal de la Directiva, el análisis del contenido del Real Decreto 240/2007⁸ (en adelante RD 240/2007) muestra que la obligación de implementación sólo se cumplió de manera parcial⁹. De hecho, como prueba de la anterior afirmación se puede invocar que en los últimos once años el RD 240/2007 ha requerido cinco reformas legales parciales y una adicional para cumplir con la Sentencia del Tribunal Supremo en 2010¹⁰. El conjunto de modificaciones acontecidas y sus efectos requiere un análisis de la progresiva implementación realizada en España de los requisitos de entrada, circulación y residencia de los ciudadanos de la UE/EEE y sus familias, así como de la aplicación e interpretación realizada por las autoridades administrativas y judiciales españolas.

Tratar de entender las circunstancias que pueden conducir en España a la expulsión de un ciudadano UE/EEE y sus familias requiere una referencia previa a las condiciones y

⁷ BOE, num 51, 28/03/2007, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-4184>

⁸ MERCADER UGUINA, J. R., MORENO SOLANA A. "De la movilidad de los trabajadores a la movilidad de los ciudadanos: notas al Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y sus familias" en *Relaciones Laborales*, N.º 13, Quincena del 8 al 23 Jul. 2007, Año XXIII, pág. 983, Tomo 2, editorial LA LEY.

⁹ GONZÁLEZ VIADA, N. "La libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea en España: Análisis crítico del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero." *Noticias de la Unión Europea XXV* (292) 2009: 23-37.

¹⁰ FERREIRA, N. 'The EU Free Movement of Persons from a Spanish Perspective: Exploring its Evolution and Derogations', In *European Public Law* 19, no. 2 (2013): 397-424. V. http://www.lexnova.es/pub_in/Juris_gaceta/Mas_Juris/STS_01062010_RealD.htm. The Spanish Supreme Court through its Decision of June 1, 2010 with substantial effects on the extension.

requisitos para entrar, circular y residir que han venido exigiendo por el RD 240/2007, en tanto norma de implementación de la Directiva 2004/38¹¹.

El artículo 4(1) del RD 240/2007 establece (en términos similares al artículo 5 de la Directiva 2004/38) que la entrada tendrá lugar con un pasaporte o documento de identidad válido en el que conste la nacionalidad. También se establece la obligación que si el ciudadano UE/EEE no dispone de los documentos de viaje necesarios para entrar en España, en la frontera, las autoridades competentes deberán proporcionarles todas las facilidades para obtener tales documentos o acreditar por otros medios que son beneficiarios del derecho de entrada.

Sin embargo, parece que el legislador español es más exigente a la hora de transponer las condiciones previstas en el apartado 4º del artículo 5 de la Directiva 2004/38. Así, en el apartado 4º del artículo 4 del RD 240/2007 establece respecto a los familiares de los ciudadanos de la UE/EEE que “En los supuestos en los que un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o un miembro de su familia, no dispongan de los documentos de viaje necesarios para la entrada en territorio español, o, en su caso, del visado, las Autoridades responsables del control fronterizo darán a estas personas, antes de proceder a su retorno, las máximas facilidades para que puedan obtener o recibir en un plazo razonable los documentos necesarios, o para que se pueda confirmar o probar por otros medios que son beneficiarios del ámbito de aplicación del presente real decreto, siempre que la ausencia del documento de viaje sea el único motivo que impida la entrada en territorio español”. Esta última condición destacada en cursiva deja abierta la posibilidad que a familiar del ciudadano UE/EEE que no disponga de visa no se permitirá la entrada en España y será de retorno, posibilidad que iría

en contra de lo dispuesto por el TJUE en el caso MRAX. La interpretación pro rechazo de entrada en los supuestos de ausencia de visa es reforzada por el contenido dado al apartado 2º del artículo 4 del RD 240/2007, que establece que los familiares de ciudadano UE/EEE, incluidos en el Reglamento 539/2007, están sujetos a la obligación de visa para cruzar la frontera externa.

Como criterio para tratar de acotar el margen de interpretación descrito, el apartado 3º del artículo 4 del RD 240/2007 debe tenerse presente por las autoridades responsables al exigirles que “Cualquier resolución denegatoria de una solicitud de visado o de entrada, instada por una persona incluida en el ámbito de aplicación del presente real decreto deberá ser motivada. Dicha resolución denegatoria indicará las razones en que se base, bien por no acreditar debidamente los requisitos exigidos a tal efecto por el presente real decreto, bien por motivos de orden público, seguridad o salud públicas. Las razones serán puestas en conocimiento del interesado salvo que ello sea contrario a la seguridad del Estado”.

Independientemente del propósito de la estancia, en el caso que el ciudadano UE/EEE quiera disfrutar de un periodo inferior a tres meses en España, el único documento que tendrán que acreditar es un pasaporte o documento de identidad en vigor en los términos dispuestos por el artículo 6 del RD 240/2007. Sin embargo, cuando vengán acompañados de sus familias¹², el artículo 6 del RD 240/2007 (a diferencia del artículo 6 de la Directiva) remite al cumplimiento previo de los requisitos del artículo 4 del RD 240/2007 ya mencionados.

Precisamente, un tratamiento más favorable para los ciudadanos de la UE/EEE que se puede apreciar en el artículo 4 del RD 240/2007 es resultado de que el legislador español omitió la transposición del apartado 5º del artículo 5 de la Directiva que establecía que “El Estado miembro podrá exigir al interesado que notifique su presencia en el territorio en un plazo de tiempo razonable y

¹¹ PEINADO, M. D. B. “La transposición en Derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: El Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero.” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 27, 2007, (mayo/agosto): 595-622.

¹² SOTO MOYA, M., “La entrada y residencia en España de las parejas registradas y de hecho”, *Diario La Ley*, N.º 6786, 25 Sep. 2007, Año XXVIII, Ref. D-201, Editorial LA LEY.

no discriminatorio. El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la imposición de sanciones proporcionadas y no discriminatorias contra el interesado”.

Al igual que se regula la entrada también la Directiva en su artículo 4 alude a la salida de ciudadanos UE/EEE y sus familias. El contenido de esta disposición se implementa en el artículo 5 del RD 240/2007 en términos similares aunque con algún matiz diferencial. En concreto, en el artículo 5 del RD 240/2007 se incluye que la salida tendrá lugar mediante la presentación del pasaporte o documento de identidad en vigor a los oficiales del control de fronteras para que pueden comprobar si existe alguna prohibición de salida por motivos seguridad nacional o de salud pública o previstos en el Código Penal. Esta última alusión al Código Penal obviamente no está presente en la Directiva y podría considerarse como motivo ajeno al espíritu de la misma.

En una visión retrospectiva del proceso de implementación de la Directiva 2004/38 no puede dejarse señalar que una de las omisiones más relevantes acontecidas en 2007 fue la omisión en el artículo 7 del RD 240/2007¹³ de las condiciones exigidas para la residencia superior a tres meses en otro Estado miembro recogidas en el artículo 7 (1) de la Directiva 2004/38. En concreto, el legislador español,

en aquel momento, prescindió de exigir que el ciudadano UE/EEE que quisiera ejercer su derecho de residencia por un período superior a tres meses se encontrase en alguna de las siguientes situaciones “a) es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, o b) dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, o c) está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional, y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, o d) es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c)”¹⁴. La no referencia a cualquiera de estas situaciones dejaba la puerta libre a la libre movilidad y residencia en España de los ciudadanos de la UE/EEE que unos años después fue objeto de subsanación en 2012.

El desencadenante de la reforma para introducir estas situaciones, como las únicas habilitantes para residir en España por períodos superiores a tres meses, no fue otra que la crisis económica del 2008. Al albur de la misma y amparándose en la jurisprudencia¹⁴ emanada del TJUE en los asuntos *Brey*¹⁵,

¹³ La redacción original del artículo 7 del RD disponía que “Artículo 7. Residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

1. Los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tienen derecho a residir en territorio español por un período superior a tres meses. Los interesados estarán obligados a solicitar personalmente ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero, y la fecha de registro.

2. Junto con la solicitud de inscripción, deberá presentarse el pasaporte o documento nacional de identidad válido y en vigor del solicitante. En el supuesto de que dicho documento esté caducado, deberá aportarse copia de éste y de la solicitud de renovación.

¹⁴ RUBIO N. *La fin du tourisme social? Premières remarques sur l'arrêt Dano du 11 novembre 2014*. Online: <http://www.gdr-elsj.eu/2014/11/18/liberte-de-circulation/la-fin-du-tourism...>

¹⁵ ECJ 19 Sept 2013, v. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&tdocid=141762&tpageIndex=0&tdoclang=en&tmode=lst&tdir=&toacc=first&tpart=1&tdcid=941675>

*Alimonovic*¹⁶, *Garcia Nieto*¹⁷ y *Commission v UK*¹⁸, el legislador español introduce dos importantes reformas legislativas supliendo la omisión y limitando al mismo tiempo los “derechos sociales”¹⁹ que se podían disfrutar en España hasta ese momento.

En primer lugar, la adopción del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones²⁰. La justificación esbozada fue que “*Todos los países de la Unión Europea están analizando y adoptando medidas que permiten optimizar sus modelos asistenciales y farmacéuticos y, en especial, el gasto farmacéutico y su peso en el gasto sanitario. La implantación de medidas en este ámbito es muy intensa, en especial en los países a los que ha golpeado con más intensidad la crisis financiera y económica.*” Así, mediante la Disposición Final 5 se dio una nueva redacción al artículo 7 del RD 240/2007, transponiendo literalmente el artículo 7 y 8 de la Directiva 2004/38. En relación a la suficiencia de medios económicos se estipuló que “*no podrá establecerse un importe fijo, sino que habrá de tenerse en cuenta la situación personal de los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En cualquier caso, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual se concede asistencia social a los españoles o el importe de la pensión mínima de Seguridad Social*”.

El segundo cambio legislativo se adoptó, con la aprobación del Real Decreto 1192/2012,

del 3 de agosto²¹, que regulaba la condición de los asegurados y beneficiarios con respecto a la atención médica en España con fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud. El gobierno español completó las enmiendas al RD 240/2007 e introdujo mediante la Segunda Disposición Final un nuevo artículo 9 *bis* sobre el mantenimiento del derecho de residencia y, finalmente, se llevó a cabo la implementación del artículo 14 de la Directiva 2004/38.

El nuevo Artículo 9 *bis* (1) y (2) reafirma el derecho de residencia de los ciudadanos de la UE / EEE y sus familias, pero les exige cumplir con la condición de ser empleados o trabajadores por cuenta propia o, en caso de que el ciudadano de la UE / El EEE no funciona (está inactivo), para demostrar que tiene suficientes recursos económicos y seguro médico público o privado para él y la familia. Este nuevo artículo otorga a la administración española el poder de verificar que estos requisitos se siguen cumpliendo²², aunque de una manera no sistemática. Cabe destacar que el artículo 9 bis (2) del RD 240/2007 establece que el hecho de recurrir a la asistencia social en España por parte de un ciudadano de un Estado miembro de la UE / EEE o de un miembro de su familia no dará lugar automáticamente a la expulsión.

El artículo 9 bis (2) introduce un límite importante porque la administración española no puede adoptar automáticamente las medidas de expulsión por el mero hecho de haber recurrido a la asistencia social española. Esta limitación significa que, antes de adoptar la decisión de expulsión, la administración española deberá realizar un examen individualizado de la situación de la persona interesada.

Las autoridades administrativas españolas, al evaluar si un ciudadano de la UE / EEE y su familia son residentes legales, deben te-

¹⁶ ECJ 15 Sept 2015 v. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&tdocid=167661&pagelIndex=0&tdoclang=en&tmode=lst&tdir=&toacc=first&tpart=1&tcid=941496>

¹⁷ ECJ, 5 Feb 2016, v. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&tdocid=174589&pagelIndex=0&tdoclang=en&tmode=lst&tdir=&toacc=first&tpart=1&tcid=941249>

¹⁸ ECJ, 14 Jun 2016, v. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&tdocid=180083&pagelIndex=0&tdoclang=en&tmode=lst&tdir=&toacc=first&tpart=1&tcid=941808>

¹⁹ Anita HEINDLMAIER Et Michael BLAUBERGER (2017) Enter at your own risk: free movement of EU citizens in practice, *West European Politics*, 40:6, 1198 1217, DOI: 10.1080/01402382.2017.1294383.

²⁰ BOE, núm. 98, 24/04/2012, v. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-5403>

²¹ BOE, núm. 186, 4/12/2012, v. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-10477>

²² MARTÍN VIDA, M.A., “La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 8, julio-diciembre, 2007, 95-137.

ner presente la aprobación de la Orden Presidencial, Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio²³, que clarificó las normas para la aplicación del artículo 7 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre la entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de la UE/EEE. La adopción de esta Orden presidencial fue justificada por dos razones. En primer lugar, para evitar un daño económico grave a España, en particular por la imposibilidad de garantizar el reembolso de los gastos incurridos en la prestación de servicios sociales y de salud a los ciudadanos europeos al no exigirles, antes de la introducción del nuevo Artículo 7 del RD 240/2007, acreditar recursos económicos suficientes y seguro médico. En segundo lugar, aclarar a los funcionarios públicos competentes qué documentos o pruebas se deben exigir a los ciudadanos de la UE/EEE y sus familias para considerarles residentes legales en España.

En particular, el artículo 3, apartado 2, letra c), exige que los ciudadanos inactivos de la UE/EEE que residen en España demuestren la suficiencia de los recursos económicos y el seguro médico para él y su familia frente a la autoridad administrativa española competente. Estas autoridades pueden exigir que personas inactivas que no trabajan en España proporcionen documentación que lo demuestre. La referencia hecha por el Artículo 3 (2) (c) de la Orden Presidencial PRE/1490/2012, de 9 de julio, a la Ley de Presupuestos Generales del Estado implica que el ciudadano inactivo de la Unión Europea que reside en España debe probar que su/sus recursos económicos exceden el límite anual de ingresos fijado por la Ley que da derecho en España a beneficios no contributivos. Esto significa que el ciudadano inactivo de la UE/EEE debe superar los 5.136,60 euros por año de ingresos individualmente, ya que este es el monto límite anual para ser un beneficiario de la prestación no contributiva en España. Por lo tanto, si el ciudadano de la UE/EEE vive con su cónyuge o pareja registrada, deberá acreditar recursos económicos superiores a 8.732,22 euros al año. En el caso de 3 miembros de la familia, el ciudadano UE/EEE inactivo de-

berá demostrar que los recursos económicos superan los 12.327,84 euros y, si hay 4 miembros en la familia, el ingreso mínimo para demostrar será de 15.923,46 euros.

Los requisitos vigentes desde 2012, en línea con la Directiva y la jurisprudencia mencionadas anteriormente, han tenido consecuencias judiciales para los ciudadanos de la UE/EEE y sus familias que residen en España sin medios económicos suficientes, siempre que no sean trabajadores o trabajadores por cuenta propia y no tengan seguro médico. Los análisis de la jurisprudencia española muestran muchas situaciones en las que se rechaza la tarjeta familiar de la UE/EEE.

Este es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28.12.2016²⁴, según la cual, el juez niega la tarjeta familiar del residente permanente considerando que el titular del derecho no ha demostrado que tiene suficientes recursos financieros para mantener a su familia, y no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia.

Parece que la tendencia judicial, cuando la situación afecta a los ciudadanos de la UE/EEE y sus familias, es confirmar las decisiones de expulsión adoptadas contra ellos como resultado de la falta de suficientes recursos económicos o seguro médico, para evitar así que puedan convertirse en una carga para la asistencia social en España o como resultado que los miembros de la familia no estaban a cargo de los ciudadanos de la UE/EEE. Pero este posicionamiento judicial no es tan claro cuando la situación afecta a los beneficiarios de la tarjeta familiar de la UE/EEE de los españoles, considerando que también están cubiertos por la aplicación del RD 240/2007 como resultado de la reforma legal introducida después de la sentencia del Tribunal Supremo de 1.06.2010 y confirmado en la sentencia del Tribunal Supremo español del 18.07.2017²⁵.

²⁴ ECLI:ES:TJSM:2016:13984.

²⁵ ECLI:ES:TS:2017:2966. En este caso, el Tribunal Supremo discutió si el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero -en la versión actual, introducido por la Quinta Dis-

²³ BOE, núm. 164, 10/07/2012, v. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9218

Cuando se analiza la jurisprudencia española, hay sentencias que coinciden con las autoridades administrativas españolas y confirman las decisiones de expulsión contra familiares de españoles que reclaman sus tarjetas de familia de ciudadanos de la UE/EEE, porque no prueban que están “a cargo” o que tienen suficientes recursos económicos o seguro médico, pero también hay sentencias a “sensu contrario” que eliminan estos requisitos para familiares de españoles, lo que implicaría que podrían estar vulnerando lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Supremo español de 18.07.2017 considerando el artículo 7 del RD 240/2007 aplicable a familiares de ciudadanos españoles.

En el primer grupo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 23.11.2016²⁶, que confirma la orden de expulsión de un miembro de la familia de un ciudadano de la UE/EEE (español) al considerar aplicable la sentencia del 13 de septiembre de 2016 (*Rendón Marín*, C-162/14, EU: C: 2016: 675), en virtud de la cual el tribunal balear considera que un nacional de un tercer país tiene el derecho de residencia derivado de su condición de padre de menores (ciudadanos de la UE), siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38, a luz de los mismos, el Tribunal concluye que el padre no probó que su hija estaba a su cargo y su matrimonio con una española fue *a posteriori* de la decisión de expulsión.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 2.12.2016²⁷, se confirma la decisión denegatoria de la administración española sobre la tarjeta de miembro de la familia al padre de un ciudadano español, entrando a definir lo que debe entenderse como “persona a cargo”. La Sala basa su decisión en el hecho de que “*Como hemos indicado, lo que se debe acreditar es que una persona*

a cargo es una persona que se encuentra en una situación de dependencia del ciudadano de la Unión en cuestión, y dicha dependencia debe ser de tal manera que requiera que esa persona recurra a la asistencia del ciudadano de la Unión Europea para satisfacer sus necesidades básicas... En el presente caso, de acuerdo con la documentación presentada anteriormente, no podemos considerar que se haya demostrado que el solicitante está a cargo de su hija, no se dice si tiene la capacidad económica para mantener a su padre, y no conocemos las cargas familiares, personales y económicas en España, porque, aunque tiene un trabajo, no sabemos si tiene un ingreso y si con el sueldo de ella puede afrontar todos los gastos, ni tampoco sabemos si su padre necesita su ayuda para satisfacer sus necesidades básicas, ya que no sabemos cuál es realmente su situación económica, ya que tampoco sabemos si él tiene algún tipo de activo..., entonces debemos deducir que él ha estado viviendo (el padre) con otras fuentes de ingresos además de las remesas que su hija le ha enviado. Tampoco declara que está enfermo o que necesita la ayuda de una tercera persona, en este caso su hija, que se supone que vive en España, con todos los gastos que implicaría esa ayuda. Tampoco parece que la hija tenga una relación asidua con su padre o que haya viajado para verlo varias veces”.

En otras dos sentencias²⁸ el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 2.12.2016 y 28.12.2016, niega a un ciudadano español la tarjeta familiar de comunitario residente y rechaza la reunificación familiar, considerando que no se ha demostrado que el pariente sea dependiente o financieramente dependiente del ciudadano español residente en España.

En la sentencia del Tribunal Superior de Madrid de 11.28.2016, se evaluó la concesión de una tarjeta familiar de ciudadano de la UE/EEE a la madre de un ciudadano de la UE (español, de origen dominicano). La Sala examinó, en primer lugar, si el ascendente del ciudadano de la UE (español), que no había ejercido su derecho a la libre circulación, tenía o no derecho a que se le aplicara el RD

posición Final del Real Decreto Ley 16/12, de 20 de abril, sobre medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y la mejora de la calidad y la seguridad de sus beneficiarios- es aplicable a la reunificación familiar de ciudadanos españoles que no viven en la UE y que viven en España. La Corte Suprema consideró aplicable el artículo 7.

²⁶ ECLI:ES:TSJBAJ:2016:932.

²⁷ ECLI:ES:STSJM:2016:13323.

²⁸ ECLI:ES:STSJM:2016:13324, ECLI:ES:STSJM:2016:13984.

240/2007 a su caso. La Sala respondió afirmativamente a la aplicación del RD 24072007, *“ya que el acceso al territorio nacional de un familiar de un tercer país de un nacional español no puede ser rechazado porque no hay reunificación familiar efectiva, en el sentido de mantener a la familia unida, esto constituiría una excepción al principio fundamental de libre circulación y residencia, concebido como un derecho subjetivo, que incluye a los miembros de la familia que son beneficiarios de ese derecho, y que no puede interpretarse de manera restrictiva, impidiéndoles ejercerlos con respecto a aquellos miembros de la familia que son beneficiarios del derecho a la libre circulación y residencia con respecto a la eventual desagregación familiar de su situación de origen. Añade que, en este caso, el artículo 7 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales no se considera infringido al exigirle que establezca que el miembro de la familia está a su cargo y tiene dependencia económica...”* En segundo lugar, analiza si el miembro de la familia tiene una dependencia económica del ciudadano español que justifica la concesión de la tarjeta de miembro de la familia de un ciudadano de la UE. Al señalar que la madre no tiene una dependencia económica efectiva del titular del derecho, el Tribunal invoca las sentencias del TJUE en *Dereci*²⁹, *McCarthy*³⁰, *Zu and Chen*³¹, para negar el derecho del familiar (ascendente) a obtener la reunificación familiar con el ciudadano UE/EEE (Español).

En sentido contrario, en un segundo grupo de decisiones judiciales, los jueces españoles confirmaron las tarjetas familiares de la UE/EEE para las familias de ciudadanos españoles, creando un tratamiento diferente para los miembros de la familia bajo el mismo RD 240/2007 y creando cierta confusión y diferentes consecuencias que deberían ser resueltas en mi opinión por el TJUE para evitar dis-

criminaciones. Tres sentencias³² rechazaron que fuera posible exigir a los miembros de la familia de ciudadanos españoles solicitantes de la tarjeta de residencia familiar de la UE/EEE que demostrasen que cuentan con recursos económicos suficientes para evitar ser una carga para el Estado español o que están a cargo del ciudadano español.

La primera sentencia fue la expedida por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, el 31.3.2016³³, rechazando que el ciudadano español deba acreditar medios económicos suficientes para mantener a su familia, ya que estos requisitos supondrían que, para poder conservar la unidad familiar, los ciudadanos españoles deberían renunciar a sus derechos como tales y transferir su residencia al país de origen de sus familiares, argumentado el Tribunal: *“En este caso, la cuestión es si el requisito de tener recursos económicos suficientes opera en relación con el cónyuge no perteneciente a la UE, es decir, si es necesario probar que se dispone de recursos financieros suficientes para que el marido no se convierta en una carga para la asistencia social española. Al responder a esta pregunta, no se puede ignorar que el requerimiento de tales recursos*

³² Previamente a estas dos sentencias, el Defensor del Pueblo español, el 9.9.2013 envió una recomendación al gobierno español *“Para dar las instrucciones apropiadas para eliminar de los requisitos para la obtención de la tarjeta de residencia de la familia del ciudadano de la Unión el requisito de recursos económicos y seguros de salud suficientes para los cónyuges de ciudadanos españoles residentes en España cuyo matrimonio civil esté inscrito en el Registro Civil español”*. La diferencia de trato se justificó para el Defensor del Pueblo español en que *“cada Estado puede establecer condiciones de acceso a la residencia para los cónyuges no comunitarios de sus propios nacionales distintos de los requisitos de la legislación comunitaria para los cónyuges de ciudadanos comunitarios que han ejercido libertades. Para justificar su posición, argumenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sostenido que las diferencias de trato que afectan a situaciones puramente internas no son contrarias al derecho comunitario (entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de enero de 1986, Caso C-298/84, 1997 y Asunto C-64/96 de 4 de junio de 2009). Es decir, está justificado que un Estado miembro tenga en cuenta la diferencia objetiva entre sus propios nacionales y los de los demás Estados miembros cuando se trata de establecer condiciones menos restrictivas para la concesión de un permiso de residencia (cuestión remitida a prejudiciales). Tribunal de Justicia del 11 de abril de 2000, caso Arben Kaba”*.

³³ ECLI: ES: STSJAR:2016:404.

²⁹ ECJ 15 Nov 2011, v. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=114222&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=245634>

³⁰ ECJ 5 May 2011, v. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82119&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=245691>

³¹ ECJ 19 Oct 2004, v. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49231&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=216473>

puede impedir la reunión de esposos en España, afectando así seriamente su derecho a la vida privada y familiar, en los términos en que se reconoce. por el artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950, y el artículo 7, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este no es el caso de los ciudadanos de la Unión Europea que se mudan a otro Estado miembro, que les exige que proporcionen medios financieros para ellos y para los miembros de su familia que no pertenecen a la UE que desean unirse a ellos, ya que si no tienen los medios pueden elegir reunirse en el país del que es nacional el ciudadano de la Unión, algo que no sucede con el ciudadano español, ya que para mantener a la familia unida, se vería obligada a seguir a su esposa a Guinea Ecuatorial, renunciando a los derechos inherentes a su nacionalidad”.

La segunda fue la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, 18.11.2016³⁴, en la que se otorga al hijo cubano de un español la tarjeta de residente temporal de familiar del ciudadano de la UE. La Sala considera que no puede exigir al ciudadano español que pruebe que su hijo en Cuba está a cargo para otorgarle la tarjeta de miembro de la familia. En consecuencia, se declara que “*aplicando el contenido de este precepto al caso, es decir, la solicitud hecha por el Sr. Evelio, de nacionalidad cubana, se verifica que en ningún momento es necesario para el solicitante de dicha tarjeta, como lo exigen la sentencia recurrida y las decisiones administrativas impugnadas, que en este caso su padre, ciudadano de la Unión y más específicamente de nacionalidad española y residente en España, debe probar que tiene recursos suficientes para su hijo. Por lo tanto, dado que este requisito no es exigible debido a la aplicación incorrecta del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, ...A la luz de lo que antecede, debe mantenerse el presente motivo de la impugnación, y no es necesario considerar un examen de los demás motivos formulados por la recurrente, pero también está claro que, en el presente caso, el derecho a la libre circulación y se violaría la residencia del primero en territorio*

español, que lo asiste como hijo de un ciudadano español y de conformidad con la Directiva 2004/38/CE, y también violaría el derecho a la reagrupación familiar reconocido en los reglamentos españoles y comunitarios. y en el artículo 8 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

La tercera fue la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el 4.11.2016. La Sala considera que el derecho de residencia durante más de tres meses para el familiar de un ciudadano de la Unión Europea, debido a su matrimonio con ciudadano español, no está condicionado a tener suficientes recursos económicos, y es por eso que la sentencia recurrida debe ser revocada.

Por lo tanto, en este momento, existe una jurisprudencia contradictoria en España sobre si los miembros de la familia de ciudadanos españoles deben probar o no que tienen suficientes medios económicos o que están a cargo de un ciudadano español que vive en España. Mi propuesta para resolver posiciones judiciales contradictorias es la siguiente: las autoridades españolas competentes deberían adoptar una orden o instrucción aclaratoria o el Tribunal Supremo español emitir una sentencia aclaratoria. Si se sigue esta última propuesta, el Tribunal Supremo debería tener presente que debe evitar soluciones discriminatorias para las familias de los ciudadanos de la UE/EEE que residen en España y las familias no europeas de ciudadanos españoles que también residen en España como ciudadanos económicamente inactivos.

La interpretación analizada contradictoria podría incrementarse como resultado de la última modificación introducida en el RD 240/2007 para incluir a la “familia extendida”. Más específicamente, el Real Decreto 987/2015³⁵, que modifica el RD 240/2007, sobre la entrada, libre circulación y residencia

³⁵ BOE, núm. 268, 9/11/2015, Real Decreto 987/2015, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, sobre la entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y otros Estados parte del Acuerdo EEE, ver https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-12090.

³⁴ ECLI: ES: STSJCL:2016:4099

en España de los ciudadanos de los Estados miembros de la UE y otros Estados parte del Acuerdo EEE, en vigor desde el 9 de diciembre de 2015, introduce en la legislación española el concepto de “familia extendida” previsto en la normativa de la UE. Así, el nuevo artículo 2 bis del RD 240/2007, incorpora el concepto de “familia extendida”.

Las autoridades españolas justifican la modificación del RD 240/2007 para incluir el concepto de familia extendida en un nuevo artículo 2 bis en la sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2012 en el caso *Lida L-40/11*. En este caso, el TJUE considera que el derecho de los “*otros miembros de la familia*” que son nacionales de terceros países es, en cualquier caso, un derecho derivado de la condición de ciudadano de la Unión y “*no un derecho autónomo de nacionales de terceros países*”. La facilitación de la residencia de la llamada familia extendida responde, por lo tanto, a la necesidad de evitar afectar negativamente la libertad de circulación del ciudadano de la Unión, al disuadirlos de ejercer sus derechos de entrada y residencia en otro Estado miembro. En 2018, una sentencia importante fue emitida por el TJUE, el caso *Banger*, que define la naturaleza y el alcance de la “familia extendida”³⁶.

En línea con la Directiva, el nuevo artículo 2 bis del RD 240/2007, considera que la “*familia extendida*” sería cualquier otro miembro de la familia, independientemente de su nacionalidad, que no esté incluido en la definición de miembro de la familia del artículo 2 de la Directiva y quién, en el país de procedencia, está a cargo o cohabita con el ciudadano de la Unión que es el beneficiario del derecho de residencia con carácter principal o, si, por un problema grave de salud o físico, es estrictamente necesario para que el ciudadano de la Unión atender el cuidado personal del familiar. Además, la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable debidamente probada también se considerará como un miembro de la familia extendida.

³⁶ ECJ judgement of 12 of July 2018, Case C-89/17, ECLI:EU:C:2018:570. Opinion Of Advocate General Bobek, delivered on 10 April 2018, Case C89/17, ECLI:EU:C:2018:225.

La novedad incorporada en este texto es que, si los miembros de la familia extendida pueden probar que cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 2 bis, tendrán una tarjeta de familia como miembros de la familia del ciudadano de la UE y no, como era la situación previa, estar sujetos a una autorización de residencia y en su caso, de trabajo bajo el régimen legal de la Ley de Extranjería 4/2000.

UNA REVISIÓN LEGAL DE LA COMPLEJA REALIDAD DE LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS DE LA UE/EEE Y SUS FAMILIAS EN ESPAÑA COMO LIMITANTE DE LA LIBRE MOVILIDAD Y RESIDENCIA INTRAEUROPEA

El artículo 15.1 del RD 240/2007 establece que, en términos generales, que se podrá impedir la entrada en España, denegar el registro en el Registro Central de Extranjeros o adoptar la expulsión de ciudadanos de la UE/EEE del territorio español cuando haya razones de orden público, seguridad pública o salud pública que lo justifiquen. En el caso de ciudadanos de la UE/EEE con residencia permanente, se establece expresamente que las medidas de expulsión solo pueden adoptarse cuando existen “*motivos graves*” relacionados con el orden público o la seguridad pública. Por el impacto que tiene esta medida en una las libertades fundamentales de la UE, se estipula que antes de que se adopte la decisión de expulsión, la autoridad española competente debe evaluar la duración de la residencia, la integración social y cultural de la persona interesada en España, su edad, el estado de salud, la situación familiar y económica y la importancia de los vínculos con su país de origen, como factores atenuantes que deben tenerse especialmente en cuenta. Este último párrafo del artículo 15.1 del RD 240/2007 fue la transposición de los artículos 28.1 y 2 de la Directiva.

Sin embargo, existe una diferencia muy importante entre el RD español y la Directiva 2004/38. Específicamente, el legislador español es más limitativo puesto que señala que solo tomarán en cuenta las circunstancias mencionadas anteriormente cuando se tra-

te de una expulsión de ciudadanos de la UE/EEE o sus familias con estatus de residencia permanente. Mientras que en la Directiva, la sección 1 del artículo 28 establece que estas circunstancias se tendrán en cuenta al adoptar una decisión de expulsión contra cualquier ciudadano de la UE/EEE o sus familias, independientemente, de su residencia permanente o no. Por lo tanto, debe entenderse que, en la subsección final del artículo 15.1, el legislador español opta por una transposición más limitativa de elementos a valorar como mecanismos de protección contra una expulsión estipuladas en el artículo 28.1 de la Directiva y, por ende, no ser conforme al espíritu de la Directiva.

En los casos de prohibiciones de entrada en España de ciudadanos de la UE/EEE, el artículo 15.2 del Real Decreto 240/2007 estipula que estas personas pueden solicitar el levantamiento de la prohibición en un plazo de dos años, alegando las razones que consideren adecuadas que acreditan un cambio material de las circunstancias que justificaron la prohibición de entrada en España. Esta solicitud debe ser resuelta en un plazo de tres meses. El artículo 15, apartado 2, del RD 240/2007 es la transposición del artículo 32 de la Directiva 2004/38. Si se comparan ambas disposiciones, se puede ver que, en este caso, el legislador español adoptó períodos más favorables que los estipulados en la Directiva. Específicamente, la Directiva estipula en la sección 1 del artículo 32 que la revisión de las decisiones de prohibición de entrada está sujeta a un período de tres años después de su implementación, y también que la resolución de la solicitud para levantar la prohibición se fija en seis meses después de su presentación.

Es necesario señalar que el apartado 1º del artículo 33 de la Directiva 2004/38 relativo a la expulsión como pena o medida accesoria en sentencias penales no se incorporó en el RD 240/2007. Esta no transposición se debió a la posición de las autoridades españolas, según consta en el Memorándum 2/2006³⁷ de la Fiscalía General del 27 de julio de 2006, sobre varios aspectos del régimen legal de los extranjeros en España.

El Memorándum 2/2006 expresamente recordaba que, de conformidad con lo estipulado en el Memorándum 3/2001 y con la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal de 1995, el encarcelamiento por expulsión “*difícilmente puede aplicarse a un ciudadano comunitario, y que también se puede ver que hay una dificultad adicional para que la medida (expulsión) sea efectiva, teniendo en cuenta que existe un área común sin fronteras creada por las reglas de Schengen... Estas conclusiones están reforzadas por la regulación contenida en el Directiva 2004/38 reciente*”. Los argumentos esgrimidos en el Memorándum se justifican en la referencia a los artículos 33, 27 y 28 de esta Directiva, que permite concluir a la Fiscalía General “*los criterios según los cuales los Fiscales deben, en general, y en casos excepcionales, dar una negativa. Informe sobre las solicitudes de expulsión de ciudadanos de la Comunidad o ciudadanos asimilados que, de conformidad con lo estipulado en los artículos 57.7 de la Ley Orgánica y 89 del Código Penal... Estos casos excepcionales deben tratarse de otro modo debido a razones de orden público, seguridad pública o salud pública según lo mencionado en... Directiva 2004/38 / CE...*”

El contenido del artículo 33 (2) de la Directiva 2004/38 se incorporó completamente en el artículo 15 (4) del RD 240/2007. Sin embargo, este perdió su significado real, como hemos afirmado, ya que la legislación española que transpone la Directiva no se refería a la adopción de una orden de expulsión del territorio como una multa o medida accesoria a una pena que involucra la privación de libertad. El Memorándum 2/2006 de la Fiscalía aclaró que los fiscales competentes presentarán un informe negativo cuando se aplique.

En la práctica, esta omisión implica que la orden de expulsión, cuya ejecución, según el artículo 33 (2) de la Directiva 2004/38, se puede reconsiderar si transcurren dos años desde su adopción, teniendo en cuenta la situación actual y la realidad de la amenaza que la persona interesada plantea para el orden público o la seguridad pública y el examen de cualquier cambio sustancial de circunstancias que pueda haber ocurrido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión. Teniendo en cuenta esta situación, el apartado 4º del artículo 15 del RD 240/2007, debe en-

³⁷ https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebA_pp_SGNTJ_NFIS/descarga/ins02-2006.pdf?idFile=b50465bd-9bff-4e8c-bbec-4e7be3cc70aa.

tenderse que se refiere a cualquier orden de expulsión dictada por las autoridades españolas, y también que esta orden de expulsión es una medida complementaria de una sanción que involucra la privación de libertad. En consecuencia, el régimen legal español a este respecto podría considerarse más favorable que el régimen del artículo 33 de la Directiva.

El artículo 27 (1) y (2) de la Directiva 2004/38 se incorporaron a la legislación española en el artículo 15 (4) del RD 240/2007. En este último, se establece que las medidas restrictivas generales basadas en el orden público, la seguridad y la salud pública, así como las medidas basadas en razones serias de orden público y seguridad pública, están sujetas a ciertos criterios cuando se adoptan. Por lo tanto, deben adoptarse de acuerdo con el principio de legalidad, pueden revocarse de oficio, si hubo un cambio en las circunstancias que dieron lugar a estas o a solicitud de la persona interesada, y estas medidas restrictivas no pueden basarse en razones de carácter económico. Además, cuando estas medidas se refieren al orden público o la seguridad, deben cumplir los criterios incluidos en la jurisprudencia del TJUE, en lo que respecta a la Directiva 64/221 derogada, es decir, las medidas restrictivas adoptadas deben basarse exclusivamente en la conducta personal de la parte interesada, y esta conducta debe constituir una amenaza real, presente, lo suficientemente grave como para afectar el interés fundamental de la sociedad³⁸.

La existencia de sentencias penales previas no puede ser una razón en sí misma para adoptar la medida de expulsión. Sin embargo, en la legislación española no se hizo referencia a las estipulaciones del segundo párrafo

del apartado 2º del artículo 27 de la Directiva 2004/38, es decir, “*No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general*”. Esta omisión en España debe rectificarse, como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Caso 67-74, 26 de febrero de 1975, *Carmelo Angelo Bonsignore v Oberstadtdirektor der Stadt Köln*), ya que los Estados miembros han recurrido en varias ocasiones a medidas de prevención general para limitar los derechos de los ciudadanos de la UE/EEE.

El artículo 27 (4) de la Directiva 2004/38 estableciendo la obligación para “*El Estado miembro que haya expedido el pasaporte o documento de identidad recibirá sin trámite alguno en su territorio al titular de dicho documento que haya sido expulsado por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, aun cuando el documento haya expirado o se haya impugnado la nacionalidad del titular*”, no se incluyó en el RD 240/2007.

El artículo 28 (3) de la Directiva 2004/38 sobre la protección contra la expulsión establece que “*No se puede tomar una decisión de expulsión contra los ciudadanos de la Unión, excepto si la decisión se basa en motivos imperativos de seguridad pública, según lo definen los Estados miembros, si: (a) haber residido en el Estado miembro de acogida durante los 10 años anteriores; o (b) sea menor de edad, excepto si la expulsión es necesaria para el mejor interés del niño, según lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989*”. Esta obligación se incluyó en su totalidad en el artículo 15 (6) del RD 240/2007.

El artículo 29 de la Directiva 2004/38 relativo a las medidas por razón de salud pública establecía que “*1. Las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales. 2. Las enfermedades que sobrevengan en el período de tres meses siguiente*

³⁸ ECJ 31 Jan. 2006, Case C-503/03, *Commission v Kingdom of Spain*. “... by refusing to issue a visa for the purpose of entry into that territory to Mr Farid and Mr Bouchair, nationals of a third country who are the spouses of Member State nationals, on the sole ground that they were persons for whom alerts were entered in the Schengen Information System for the purposes of refusing them entry, without first verifying whether the presence of those persons constituted a genuine, present and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society, the Kingdom of Spain has failed to fulfil its obligations under Articles 1 to 3 of Council Directive 64/221/EEC”.

a la fecha de llegada no podrán justificar la expulsión del territorio. 3. Si existen indicios graves que lo justifiquen, un Estado miembro podrá someter a los beneficiarios del derecho de residencia, en los tres meses siguientes a la fecha de su llegada, a un reconocimiento médico gratuito para que se certifique que no padecen las enfermedades mencionadas en el apartado 1. Dichos reconocimientos médicos no podrán exigirse con carácter sistemático". El artículo 29 fue literalmente implementado en el artículo 15(9) del RD 240/2007.

En relación con las garantías de procedimiento estipuladas en los artículos 1 y 3 del artículo 15 de la Directiva 2004/38, que establecen respectivamente que, "1. Los procedimientos previstos en los artículos 30 y 31 se aplicarán por analogía a todas las decisiones que restrinjan la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y sus familiares por motivos que no sean de orden público, seguridad pública o salud pública... y 3. El Estado miembro de acogida no podrá imponer una prohibición de entrada en el contexto de una decisión de expulsión a la que se aplica el párrafo 1". Cabe señalar que el legislador español no ha transpuesto ninguna de estas secciones que se refieran a estas medidas restrictivas distintas de las adoptadas por razones de orden, seguridad y público, salud".

Por el contrario, en lo que respecta a las obligaciones impuestas en el artículo 30 de la Directiva 2004/38 con respecto a la notificación de las decisiones de expulsión, debe señalarse que los artículos 1 y 2 del artículo 30 no se incorporaron directamente. Las autoridades españolas introdujeron esta obligación indirectamente, a través de una Segunda Disposición Adicional en el RD 240/2007, que, para cuestiones de procedimiento, se refiere a la legislación general sobre extranjeros y al procedimiento administrativo común. Esta referencia o remisión puede indicar que se cumplieron con las obligaciones de los artículos 1 y 2 del artículo 30 de la Directiva, aunque al tratarse de una garantía hubiera sido preferible una referencia explícita en el RD 240/2007.

No obstante, lo anterior, el legislador español optó por un sistema de garantías propio cuando se estableció en el artículo 16 del RD

240/2007 que, antes de la adopción de la resolución administrativa de expulsión, además de los recursos administrativos y judiciales aplicables en este sentido, la medida de expulsión debe estar sujeto a un informe previo por parte del Abogado del Estado. Este informe no será necesario en caso de que existan razones de urgencia. Además, como segunda garantía, se estipula que, a solicitud de la parte interesada, se podrá solicitar un examen de la resolución de la autoridad competente para adoptar la expulsión por el Departamento de Servicios Jurídicos del Estado o por la Abogacía del Estado de la provincia. La persona interesada puede presentar sus medios de defensa ante el organismo consultivo, a menos que existan razones contra esto en relación con la seguridad del Estado. La decisión de la Abogacía del Estado se presentará ante la autoridad competente para que esta resolución pueda ser confirmada o revocada.

Las garantías procedimentales del artículo 31 de la Directiva se recogieron en el artículo 17 del RD 240/2007. Por lo tanto, se puede entender que el artículo 31 (1) se incluye en el RD 240/2007 a través de la aplicación o interpretación de lo dispuesto en los artículos 16 y 18 de este RD. El artículo 31(2) de la Directiva 2004/38, que establecía que "Cuando la solicitud de recurso judicial o administrativo de la decisión de expulsión vaya acompañada de la solicitud de una orden provisional de suspensión de la ejecución de dicha decisión, no podrá producirse la expulsión en sí hasta el momento en que se haya adoptado la decisión sobre la orden provisional excepto si: la decisión de expulsión se basa en una decisión judicial anterior, o si las personas afectadas han tenido acceso previo a la revisión judicial, o si la decisión de expulsión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública conforme al apartado 3 del artículo 28", presenta un problema en la transposición en el RD.

Específicamente, en mi opinión, hubo un error en la sección 1, letra c) del artículo 17 del RD 240/2007, ya que las letras a) y b) copian literalmente lo que se establece en la sección 2 del artículo 31 de la Directiva, pero la letra c) declara que "la resolución de expulsión se basa en razones imperiosas de seguridad pública según lo establecido en el artículo 15.5.a) y d) de este Real Decreto". Aquí radica

el error, ya que el tercer caso en la sección 2 del artículo 31 de la Directiva 2004/38 se refiere a los dos casos del apartado 3º del artículo 28 (han residido en el Estado miembro de acogida durante los 10 años anteriores, o son menores de edad, excepto si la expulsión es necesaria para el interés superior del niño, según lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989), mientras que la remisión hecha por el RD debe ser a la sección 6 del artículo 15 que transpone directamente el apartado 3º del artículo 28 de la Directiva, en lugar del artículo 15.5. a) y d).

Finalmente, el artículo 31 (3) no fue mencionado expresamente en la legislación española. Por el contrario, el artículo 31 (4) de la Directiva 2004/38 se incorporó directamente al artículo 17 (2) del RD 240/2007.

LAS MEDIDAS DE EXPULSIÓN EN ESPAÑA DE CIUDADANOS DE LA UE/EEE Y SUS FAMILIAS Y EL CONTRADICTORIO PANORAMA JURISPRUDENCIAL

El panorama legal analizado muestra, claramente, que el proceso de implementación no se ha completado y quizás esta es una de las razones por las cuales las sentencias judiciales españolas que revisan las decisiones de expulsión contra los ciudadanos de la UE/EEE y sus familias, con residencia permanente o no, son contradictorias en casos similares. A pesar de la abundante jurisprudencia del TJUE en los últimos 60 años (*Van Duyn*, *Rutili*, *Bouchereau*, *Bonsignore*, *Orfanopoulos*, *Jipa*, *Tsakouridis*, *Rendón Marín*, etc.) interpretando o limitando estrictamente los requisitos para adoptar medidas de expulsión a nivel nacional, parece que sigue existiendo una cierta nebulosa interpretativa entre los jueces españoles.

El análisis de la jurisprudencia española reciente muestra cómo, en algunos casos, los jueces interpretan ampliamente las razones alegadas por las autoridades españolas para confirmar las decisiones de expulsión o la decisión de negar la tarjeta familiar de los ciudadanos de la UE/EEE. En otros casos, la

posición de los jueces españoles es la opuesta y conservan una interpretación estricta de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, mencionada anteriormente, y revocan las decisiones adoptadas por las autoridades españolas o los tribunales inferiores.

En el primer grupo de casos, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 9.1.2017³⁹, confirma la decisión de expulsión, considerando que la conducta personal de un ciudadano de la UE con nacionalidad rumana y residencia permanente en España demuestra que Su comportamiento constituye una amenaza real, presente y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad, y que esta decisión debe prevalecer frente al derecho a permanecer en España. Su falta de integración social y cultural en España se revela a su vez, dañando los principios de una sociedad democrática, al exigir acciones repetidas de las fuerzas de seguridad; finalmente, es apropiado reducir el período de prohibición de entrada solicitado en la apelación, ya que no se establece que tenga una condena penal, refiriéndose solo a los registros policiales del solicitante, como se indica en la decisión impugnada, y por lo tanto el período para la prohibición de entrada establecida en la decisión debe reducirse a tres años (en lugar de 5 años).

Además, la Sala citó la sentencia del TJCE en el caso *P.I. v Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid* de 22 de mayo de 2012, C-348/09, cuando estableció que “33. A la luz de lo que antecede, la respuesta a la pregunta era que el artículo 28 (3) (a) de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros tienen derecho a considerar que los delitos penales son los mencionados en el artículo 83, apartado 1, párrafo segundo, del TFUE (Terrorismo, tráfico de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito). el tráfico de armas, el lavado de dinero, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada) constituyen un deterioro particularmente grave de un interés fundamental de

³⁹ ECLI:ES:TSJCL:2017:23.

la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la calma y la seguridad física de la población, y que por lo tanto, puede incluirse en el concepto de ‘razones imperiosas de seguridad pública’ que pueden justificar una medida de expulsión”.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 13.1.2017, el Tribunal confirma la orden de expulsión contra un ciudadano rumano, residente permanente, porque considera que la orden de expulsión está justificada por razones de orden público, la seguridad pública o la salud pública, siendo estas razones una amenaza seria, real y actual por el comportamiento del ciudadano rumano durante su residencia en España, cometiendo varios delitos de manera continua⁴⁰.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25.1.2017, se confirmó la expulsión contra un ciudadano rumano, residente permanente, adoptado de conformidad con el artículo 15.1 del RD 240/2007, considerando que la decisión de expulsión no infringe ni el derecho de el ciudadano de la UE en cuestión, ni los derechos fundamentales, ya que el comportamiento del ciudadano de la UE con residencia permanente en España es una amenaza para el orden público y la seguridad, ya que ha cometido varios delitos y no tiene ningún tipo de raíces (familiares o sociales) en España⁴¹.

En mi opinión, en los tres casos mencionados, los jueces españoles pueden haber infringido el apartado 3º, el artículo 28 de la Directiva 2004/38, que exige, en los casos de residentes permanentes de la UE/EEE o sus familias (10 años), “*motivos imperiosos de seguridad pública*” para ejecutar expulsiones. Además, si los jueces españoles no evalúan suficientemente los vínculos y las circunstancias personales de los ciudadanos rumanos involucrados en estos casos (residentes por más de 10 años), están ignorando las consideraciones hechas por el TJUE en la Sentencia del 16 de enero de 2014, caso *MG*, C-400/12⁴², al

establecer que “... el período de residencia de 10 años a que se hace referencia en esa disposición [art. 28.3] debe, en principio, ser continuo y debe calcularse contando desde la fecha de la decisión que ordena la expulsión de la persona interesada... El artículo 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que un período de reclusión es, en principio, capaz de interrumpir la continuidad del período de residencia a los efectos de esa disposición y de afectar a la decisión. con respecto a la concesión de la protección ampliada prevista en el mismo, incluso cuando la persona interesada residió en el Estado miembro de acogida durante los 10 años anteriores a la prisión. Sin embargo, el hecho de que esa persona haya residido en el Estado miembro de acogida durante los 10 años anteriores al encarcelamiento puede tomarse en consideración como parte de la evaluación general requerida para determinar si se han roto los enlaces de integración anteriormente forjados con el Estado miembro de acogida”.

La sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León 13.04.2018⁴³ confirma la decisión de expulsión adoptada en mayo de 2007 contra un ciudadano rumano y una prohibición de reingreso de 7 años, como responsable de haber llevado a cabo una conducta contraria al orden público, la seguridad pública. o salud pública que constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a la convivencia social, según el artículo 15.1.c) y 2, en relación con el artículo 15.5.d) del RD 240/2007 de 16 de febrero de 2007.

En este procedimiento, los jueces españoles después de mencionar dos casos del TJUE de expulsión de ciudadanos de la UE que son residentes permanentes, uno en España, en el caso *E v Subdelegación del Gobierno en Álava* del 13 de julio de 2017⁴⁴, C-193/16, y otro en Alemania, en el caso *PI v de Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid* de 22 de

document.jsf?text=&tdocid=146436&pageIndex=0&tdoclang=EN&mode=lst&tdir=&tocc=first&tpart=1&tid=32105

⁴³ ECLI:ES:TSJCL:2018:1260.

⁴⁴ ECLI:EU:C:2017:542, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&tdocid=192691&pageIndex=0&tdoclang=en&mode=lst&tdir=&tocc=first&tpart=1&tid=613151>

⁴⁰ ECLI:ES:STSJCL:2017:74.

⁴¹ ECLI:ES:TSJAS:2017:27.

⁴² ECLI:EU:C:2014:9 <http://curia.europa.eu/juris/document/>

mayo de 2012⁴⁵, C-348/09 (ambos por delitos sexuales, por razones imperativas de seguridad pública), se confirma la prohibición de expulsión y reingreso durante 7 años porque el ciudadano rumano “... ha residido en España desde 2013 (no registrada), además de las condenas penales [12] y los arrestos policiales a los que ha sido sometida, carece de raíces sociales, familiares y laborales en el territorio español, porque no tiene domicilio en España, no acredita o tiene actividad alguna y no tiene parientes en el territorio español, y se desconoce que tenga otros tipos de vínculos sociales en España”. Es importante tener en cuenta que las condenas de esta ciudadana rumana no fueron por delitos sexuales y que no era residente permanente en España. Así, los jueces españoles invocaron los dos casos del TJUE que, en mi opinión, no son aplicables en este caso, para motivar la expulsión. Además, las autoridades españolas olvidan las directrices de la Comisión de la UE que establecieron, en relación con el delito menor persistente, que para ser consideradas una amenaza para la seguridad pública, las autoridades pueden tener en cuenta la naturaleza de los delitos, su frecuencia, daño o daño causado. La existencia de múltiples convicciones no es suficiente en sí misma.

Un segundo grupo de casos han sido dictado por jueces españoles confirmando la denegación de la tarjeta familiar de ciudadanos de la UE/EEE español como resultado de condenas o porque están en prisión o porque no pueden acreditar recursos económicos suficientes. Las consecuencias de estas sentencias no reflejadas en las mismas es que abren la posibilidad para que autoridades administrativas competentes adopten *a posteriori* medidas de expulsión al no estar protegidas estas personas por las garantías requeridas por el RD 240/2007.

En junio de 2016, el Tribunal Administrativo de Madrid otorgó la tarjeta familiar de ciudadanos de la UE/EEE al marido de una mujer española, condenada por un delito de drogas y sentenciada a siete años de prisión

(en 2011), considerando que aunque el delito era grave, no representaba una amenaza real y sería para el orden público y había transcurrido algún tiempo. Pero el Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁴⁶, en su sentencia de 1.3.2018, consideró que el comportamiento del marido representaba una amenaza real, presente y suficientemente grave que afectaba un interés fundamental de la sociedad y estuvo de acuerdo con la administración española que confirmó la denegación de la tarjeta de familia de los ciudadanos de la UE / EEE. El resultado de esta sentencia significó que el marido del ciudadano español ya no estaba protegido por el sistema legal previsto en el RD 240/2007, sino por la Ley de Extranjería 4/2000, que permite la expulsión como una sustitución de la pena de prisión. En este caso, los jueces superiores españoles infringen los límites impuestos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y los artículos 27 y 28 de la Directiva 2004/38, porque no hicieron referencia a las raíces familiares, el tiempo transcurrido desde que se omitieron los delitos o delitos y Las consecuencias para la mujer española y su vida familiar.

El Tribunal Superior de Castilla y León, en su sentencia de 22.2.2018⁴⁷, confirmó la decisión de expulsión y la prohibición de ingreso de 3 años adoptada en 2017 contra un ciudadano marroquí, nacido en España en 1974, cuyos padres y hermanos son españoles y nunca había visitado Marruecos. A pesar de estos hechos, que muestran claramente raíces en España, los jueces consideraron que la conducta personal y las condenas penales anteriores constituían una amenaza real, presente y suficientemente grave, que afectaba a uno de los valores fundamentales de la sociedad española.

En apoyo de sus argumentos, los jueces españoles invocaron nuevamente la jurisprudencia del TJCE, en el caso *P.I. v Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid* de 22 de mayo de 2012, C-348/09, para declarar la compatibilidad de la decisión de expulsión y la prohibición de entrada. En mi opinión, el tribunal olvidó que el artículo 28.3 de la Di-

⁴⁵ ECLI:EU:C:2012:300, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=122961&tpageIndex=0&tdo-clang=en&mode=lst&dir=&tooc=first&part=1&cid=614136>

⁴⁶ ECLI: ES:TSJM:2018:2587.

⁴⁷ ECLI: ES:TSJCL:2018:683.

rectiva y el apartado 6º del artículo 15 del RD 240/2007, requiere, cuando la persona interesada ha residido en el Estado miembro de acogida durante los 10 años anteriores, que la decisión de expulsión sea basada en motivos imperativos de seguridad pública. Además, los jueces españoles omiten la interpretación hecha por el TJUE sobre la naturaleza y los límites de los motivos imperativos de la seguridad pública en el caso *Tsakouridis*⁴⁸, citado en el caso P.I “19. Según el Tribunal de Justicia, de la redacción y el esquema del artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38 se desprende que, al someter todas las medidas de expulsión en los casos mencionados en esa disposición a la existencia de ‘motivos imperativos’ de seguridad pública, Un concepto que es considerablemente más estricto que el de ‘fundamentos serios’ en el sentido del Artículo 28 (2), el legislador de la Unión Europea claramente pretendía limitar las medidas basadas en el Artículo 28 (3) a ‘circunstancias excepcionales’, tal como se establece en el considerando 24 en el preámbulo 20 de esa directiva (*Tsakouridis*, párrafo 40). El concepto de ‘motivos imperativos de seguridad pública’ presupone no solo la existencia de una amenaza para la seguridad pública, sino también que tal amenaza es de un grado particularmente alto de gravedad, como se refleja en el uso de las palabras “fundamentos imperativos (*Tsakouridis*, párrafo 41)”.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21.02.2018⁴⁹, se revocó de manera sorprendente la sentencia anterior y confirmó la denegación de la tarjeta familiar de los ciudadanos de UE/EEE al marido de una mujer española y padre de una niña española, alegando que él y su familia no tienen suficientes medios económicos. Después de esta sentencia, el esposo quedó bajo el régimen previsto en la Ley de Extranjería 4/2000 y no bajo el RD 240/2007 y la decisión de expulsión contra él podría ser ejecutada al tener antecedentes penales menores. Se debe criticar que en ninguna parte de la sentencia se evalúa por el juez las circunstancias personales y el efecto

que la expulsión del padre tendría en la familia española. Esta sentencia es contraria a la jurisprudencia del TJUE y del CEDH que protege el derecho a la vida familiar (art. 7 Carta Europea) e incluso contradice las sentencias anteriores dictadas por tribunales españoles y ya analizadas (ej., el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 31.3.2016).

Finalmente, se debe analizar un tercer grupo de casos, ya que los jueces españoles niegan la implementación de las decisiones de expulsión o otorgan la tarjeta familiar de los ciudadanos de la UE/EEE. En estos casos, el principal argumento invocado por los jueces españoles fue la sentencia del 13 de septiembre de 2016, Caso *Rendón Marín*, C-165/14⁵⁰ y caso CS C-304/14⁵¹.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 12.03.2018⁵², los jueces españoles revocaron la sentencia anterior que confirmaba la expulsión y la prohibición de entrada por 3 años adoptada por las autoridades españolas contra un ciudadano marroquí. En este caso, los jueces también citaron el caso de *Rendón Marín* y evaluaron las circunstancias personales de la persona afectada: es un marroquí que ingresó en España como menor no acompañado hace más de 10 años, tiene un hijo español y una larga relación con un español. Teniendo en cuenta todos estos elementos, los jueces consideran que la amenaza al orden público no es suficiente y que los intereses del niño más pequeño deben prevalecer (Derecho a la vida familiar derivado del artículo 8.1 del CEDH y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), impidiendo que el menor de la UE sea privado de su derecho de residencia.

La sentencia del Tribunal Superior de Murcia, 28.03.2018⁵³ complementa la anterior ya que los jueces revocan la sentencia de

⁴⁸ ECLI:EU:C:2010:708 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79729&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=30901>

⁴⁹ ECLI: ES:TSJM:2018:2161.

⁵⁰ ECLI:EU: 2016: 675 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183270&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=32105>

⁵¹ ECLI:EU:C:2016:674 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183271&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=32105>

⁵² ECLI: ES:TSJCL:2018:914.

⁵³ ECLI: ES:TSJMU:2018:639.

primera instancia y anulan la decisión de expulsión y la prohibición de entrada por 7 años contra un ciudadano ecuatoriano con hijo menor español, alegando el caso *Rendón Marín*.

Finalmente, en la sentencia del Tribunal Superior de Aragón, de 7.12.2016 se rechaza la expulsión de un residente permanente, pariente de un ciudadano de la UE, declarando que no es posible afirmar que la existencia de una condena grave hace mucho tiempo pueda ser una razón suficiente para la expulsión. Además, los jueces constatan que esta persona se ha establecido en el país y tiene otros vínculos con España, ya que el recurrente está casado y es el padre de los españoles⁵⁴.

CONCLUSIONES

Como he intentado demostrar, la implementación de la Directiva 2004/38 en España ha sido insuficiente, parcial y ha provocado que numerosos ciudadanos de la UE/EEE y sus familias se vean afectados en sus derechos con respecto a su libertad de circulación y residencia garantizada por la legislación de la UE.

Los legisladores españoles, a través de varias reformas introducidas en el RD 240/2007, han aprovechado la oportunidad para reforzar los requisitos de entrada y residencia de los ciudadanos de la UE/EEE y sus familias, afirmando que estos requisitos cumplen con la Directiva 2004/38. Aunque la Directiva tiene en cuenta los requisitos de entrada y residencia, el problema se manifiesta por la interpretación y aplicación de las autoridades competentes españoles. Esta aplicación restrictiva se ha visto reforzada por las sentencias de los tribunales españoles, interpretándola de una manera que no es uniforme.

Como he analizado, existe una jurisprudencia española que ofrece respuestas diferentes para casos similares, ya sea por una

interpretación diferente de medios económicos suficientes, o por una interpretación restrictiva de los conceptos de orden, seguridad y salud pública, o por razones imperativas de seguridad pública.

En el análisis de la jurisprudencia española, he intentado demostrar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se utiliza en dos sentidos opuestos. Unas veces de forma más restrictiva para justificar la expulsión de ciudadanos de la UE/EEE, especialmente los casos del Tribunal de Justicia en el caso *E* y en el caso de *Pi*. Otras veces, las sentencias del TJUE se utilizan para ofrecer una interpretación menos restrictiva y anular las decisiones de expulsión de las autoridades españolas, garantizando el derecho de los ciudadanos de la UE/EEE a disfrutar de su derecho a residir en otro Estado miembro o en el Estado de los cuales son nacionales, evitando la expulsión de sus familiares que son nacionales de terceros países, como ocurre con las sentencias en los asuntos *MG*, *Rendon Marín* y *CS*.

Catorce años después, si la UE quiere mantener el apoyo de los ciudadanos de la UE y sus familias, es hora de dar un nuevo paso y reforzar el ámbito de los derechos derivados de la libre circulación de los ciudadanos de la UE. En mi opinión, la Directiva 2004/38 requiere una versión refundida. La mejor manera de lograr un nivel de derechos común y uniforme es adoptar un Reglamento de la UE que codifique toda la jurisprudencia emitida sobre este asunto en los últimos 60 años. La naturaleza y el efecto directo del Reglamento deben evitar la renuencia de los Estados miembros a reconocer los derechos a la libre circulación de los ciudadanos de la UE como un pilar para una integración europea continua.

La Comisión de la UE tiene el deber legal y moral de mantener el apoyo de los ciudadanos a la UE, tomar la iniciativa de presentar una propuesta de Reglamento que debe ser confirmada y apoyada por el Parlamento Europeo en tanto instancia que representa a la soberanía popular europea.

⁵⁴ ECLI:ES:TSJAR:2016:1719.

RESUMEN

Uno de los elementos más importantes de la movilidad laboral dentro de la Unión Europea fue la aprobación de la Directiva 2004/38 hace 15 años. Las expectativas creadas con la armonización que abría paso esta Directiva se han ido transformando en frustraciones para los ciudadanos de la UE/EEE y sus familias que han visto cercenados sus deseos de circular, residir y trabajar en otro Estado miembro sin los obstáculos legales y administrativos que todavía eran palpables en los Estados.

La concepción de la Directiva 2004/38 como la llave para un crear un mercado único europeo desde la perspectiva de la movilidad laboral, personal y familiar, que auspició la Comisión Europea se transformó rápidamente en la constatación de las reticencias de numerosos Estados miembros a facilitar esta movilidad. Unas ocasiones, espoleados por la protección de los mercados nacionales frente a la movilidad de mano de obra mejor cualificada, otras por razones de seguridad, salud y orden público, pero en todos los casos, mostrando reparos, directos o indirectos, a una implementación correcta de las disposiciones previstas en la Directiva.

El presente artículo analiza en perspectiva las dificultades que ha generado en España la correcta implementación de la Directiva 2004/38. El proceso inacabado aún a 2019 ha supuesto acometer 6 modificaciones de la norma que formalmente implementaba la Directiva 2004/38 en España que no es otra que el Real Decreto 240/2007. Una de estas modificaciones se vio forzada por la importante sentencia del Tribunal Supremo de 2010 pero otras reformas han sido fruto de la crisis económica de 2008 y sus consecuencias prolongadas en el tiempo. El conjunto de reformas son objeto de comentario en las páginas que ilustran la presente contribución poniendo de manifiesto que la tarea está inacabada aún en lo sustantivo (garantizar al máximo la movilidad) aunque formalmente se pueda decir que se ha implementado los mínimos de la Directiva.

El análisis del impacto de la Directiva y su norma nacional de transposición a través del Real Decreto 240/2007 se completa con un análisis legal y, sobre todo sentencia dictadas por los tribunales españoles en los últimos años sobre las medidas de expulsión que habilita, bajo motivos muy tasados, la Directiva 2004/38.

El resultado de la jurisprudencia española no es uniforme y, en ocasiones, como se evidencia es contradictoria. Circunstancia que requiere una solución para evitar posibles incumplimientos del gobierno español con el resultado perseguido por la Directiva. Es significativo que a la hora de contrastar la jurisprudencia española con la jurisprudencia emitida por el TJUE se evidencien lecturas e interpretaciones divergentes.

En suma, la presente reflexión apuesta por una revisión en profundidad del actual marco normativo que permita reiniciar una línea jurisprudencial más uniforme con el objetivo de garantizar la mayor movilidad posible de ciudadanos de la UE/EEE y sus familias como factor de crecimiento y enriquecimiento.

Palabras clave: Movilidad laboral intra-europea; obstáculos; entrada; residencia y trabajo; expulsión ciudadanos de la UE/EEE y sus familias; jurisprudencia movilidad.

ABSTRACT One of the most important elements of labor mobility within the European Union was the approval of Directive 2004/38 15 years ago. Expectations created by the harmonization that led to this Directive have been transformed into frustrations for EU / EEA citizens and their families who have seen their desires to move, reside and work in another Member State without legal and administrative obstacles. that were still palpable in the States.

The conception of Directive 2004/38 as the key to creating a single European market from the perspective of labor, personal and family mobility, which was sponsored by the European Commission quickly became the confirmation of the reluctance of many Member States to provide this mobility. Some times spurred by the protection of national markets against the mobility of better qualified labor, others for reasons of safety, health and public order, but in all cases, showing reparations, direct or indirect, to a correct implementation of the provisions of the Directive.

This article analyzes in perspective the difficulties that the correct implementation of Directive 2004/38 has generated in Spain. The unfinished process still to 2019 has supposed to undertake 6 modifications of the norm that formally implemented the Directive 2004/38 in Spain that is not other than the Royal Decree 240/2007. One of these modifications was forced by the Supreme Court's important ruling of 2010 but other reforms have been the result of the economic crisis of 2008 and its prolonged consequences over time. The set of reforms are subject to comment in the pages that illustrate this contribution by showing that the task is still unfinished in the substantive (ensure maximum mobility) although formally it can be said that the minimums of the Directive have been implemented.

The analysis of the impact of the Directive and its national transposition rule through Royal Decree 240/2007 is completed with a legal analysis and, above all, a jurisprudence issued by the Spanish courts in recent years on the expulsion measures it authorizes, under very strict reasons, Directive 2004/38.

The result of Spanish jurisprudence is not uniform and, sometimes, as it is evidenced is contradictory. Circumstance that requires a solution to avoid possible breaches of the Spanish government with the result pursued by the Directive. It is significant that when contrasting Spanish jurisprudence with the jurisprudence issued by the CJEU, divergent readings and interpretations are evident.

In sum, this reflection is committed to an in-depth review of the current regulatory framework that allows us to reinstate a more uniform jurisprudential line with the aim of guaranteeing the greatest possible mobility of EU/EEA citizens and their families as a factor of growth and enrichment.

Keywords: Intra-European labor mobility; obstacles; entry; residence and work; expulsion of EU/EEA citizens and their families; mobility jurisprudence.

Desplazamiento de trabajadores transnacional: conflictos de competencia y legislación aplicable. Cooperación entre Estados de la Unión Europea

Transnational posting of workers: competence conflicts and applicable legislation. Cooperation between Member States of the European Union

PABLO PÁRAMO MONTERO*

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores temporales en Europa se inició con la Directiva 96/71/CE, que a su vez estableció en su artículo 4 las primeras pautas de cooperación entre los Estados miembros. Tuvieron que pasar 16 años para que la Comisión Europea planteara la revisión y actualización del marco normativo, en especial en lo que se refería a la cooperación entre Estados, y presentó una Propuesta de Directiva para la ejecución e implementación de la Directiva 96/71/CE, llamada Directiva “*Enforcement*”. La Directiva aprobada tras la propuesta de la Comisión -Directiva 2014/67/UE- fue todo un éxito de compromiso de los Estados miembros, junto a la Comisión, y un gran avance en lo que a la cooperación y el reconocimiento y asistencia mutua entre Estados en la materia se refiere. Unos meses más tarde desde la aprobación de la Directiva

“*Enforcement*”, la Comisión presentó nueva propuesta para revisar los aspectos sustantivos de la directiva 96/71/CE, que culminó en la aprobación de la Directiva 2018/957/UE, que representa un paso más en la consolidación y equiparación de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente respecto a los trabajadores del Estado de recepción.

Esta última Directiva es una modificación normativa planteada por los Estados fuertes de la Unión en la que, tras el principio de “igual salario a igual trabajo” y el rechazo al “dumping social”, subyace algo de proteccionismo a las empresas de los Estados receptores de mano de obra. Ahora, con la nueva Directiva de desplazamiento aprobada (que postula la idea de mismo salario), se plantean interrogantes sobre el impacto que va a tener dicha norma sobre la libre prestación de servicios, ya que encarecerá los costes para las empresas de los Estados con salarios más bajos y que desplazan trabajadores a Estados con salarios altos. Lo ideal, cierto, es que todos los trabajadores

* Consejero de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social ante la OIT.

en Europa perciban el mismo salario por el mismo trabajo, pero todavía se está lejos de ello, y se puede discutir cuál hubiera debido ser la dirección a seguir por la nueva Directiva o la fórmula de compromiso a adoptar antes de dejar a algunos países del Este y Portugal descontentos con algunos aspectos clave de la Directiva. En efecto, una vía intermedia hubiera sido la propuesta por algunas delegaciones y recogida en el Informe de Progreso del GAS (Grupo de Asuntos Sociales del Consejo) del 25 de noviembre de 2016. La llamada alternativa B), consistente en un «*sistema dual*» (tres o seis meses salario mínimo y “remuneración” definida en cada país receptor para desplazamientos de mayor duración)¹. Al no haberse logrado este compromiso, no son de extrañar las Declaraciones que determinados países han formulado a la Directiva conteniendo quejas sobre el plazo de entrada en vigor por la novedad del término “remuneración” (República Checa, Eslovaquia y Portugal), sobre el proteccionismo (Hungria y Polonia) o sobre las repercusiones que la norma tendrá en la competitividad (Croacia, Letonia y Lituania)². Por otra parte, ha de lamentarse que ni siquiera haya quedado claro qué legislación se aplica a los complementos específicos por desplazamiento, si la del Estado receptor o la del Estado de origen³. En cualquier caso y en lo que interesa a este estudio, mayormente enfocado a la cooperación entre los Estados miembros, la nueva Directiva también contiene alguna regulación relativa a la citada cooperación, que se analizará en detalle.

En definitiva, no cabe duda de que la progresión del número de desplazamientos temporales en Europa y el crecimiento de la prestación de servicios entre Estados miembros ha tenido su respuesta en forma de desarrollo legislativo. Hará falta que

transcurran los años para poder conocer si los cambios legislativos son correctos y van en esa buena dirección de conciliar de forma equilibrada la libertad de prestación de servicios y el respeto y protección de los derechos de los trabajadores.

2. COMPETENCIA GENERAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN MATERIA DE DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Desplazamiento: Reglamento Bruselas I (preponderancia del criterio *loci laboris*)

La norma de referencia en este punto es el Reglamento Bruselas I (Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012), cuya regulación en general permite a los trabajadores demandar a su empresario ante el órgano jurisdiccional que considere más cercano a sus intereses. En relación con las distintas materias laborales que pueden afectar a los trabajadores desplazados (salarios, jornada, vacaciones, etc.), a excepción de Seguridad Social, los tribunales españoles pueden ser competentes de acuerdo con los siguientes criterios de atribución competencial del Reglamento:

- El domicilio del empresario en España (art. 20, en conexión con el art. 8.1 del Reglamento). A este respecto, si un trabajador celebra un contrato individual de trabajo con un empresario que no tiene su domicilio en un Estado miembro, pero posee una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en ese Estado miembro, se considera, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro (art. 20, en relación con el art. 7. 5)
- Los empresarios domiciliados en un Estado miembro pueden ser demandados (artículo 21):

¹ Ver informe en su pág. 6 disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_14368_2016_INIT&from=EN

² https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9383_2018_ADD_1&from=EN

³ Ver Declaración de la Comisión en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9383_2018_ADD_1&from=EN

- ante los órganos jurisdiccionales de ese Estado;
- ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo;
- ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro del último lugar en que el trabajador desempeñó su trabajo;
- y si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador;
- los empresarios que no estén domiciliados en cualquiera de los Estados miembros, también pueden ser demandados en un Estado miembro si sus trabajadores desempeñan o han desempeñado su trabajo en dicho Estado.

Así, los trabajadores españoles desplazados a otro Estado miembro podrían demandar ante los tribunales españoles a la empresa española que les ha desplazado a ese Estado (criterio del domicilio), pero también ante los tribunales del Estado miembro donde realizan su trabajo. De otra parte, los trabajadores desplazados a España por una empresa con establecimiento en otro Estado miembro pueden igualmente demandar a la empresa ante los tribunales españoles, aunque el empresario no tenga el domicilio en territorio español o ni tan siquiera una sucursal o delegación (criterio *lex loci laboris*, art. 21.1.b) i del Reglamento).

El Tribunal Supremo (Sala Cuarta de lo Social, Sentencia 442/2016 de 18 May. 2016, Rec. 3951/2014) confirma este criterio y, además de señalar que el artículo 25 de la LOPJ cede ante el Convenio de Bruselas (ratificado por Instrumento de 29-10-1990 —BOE 28-01-1991—, antecedente del Reglamento Bruselas I, resuelve que no tienen competencia los tribunales españoles si un trabajador demandante, aun de nacionalidad española, presta servicios profesionales en Portugal, si la empresa beneficiaria de tales servicios tiene su

domicilio social en este país, y si el lugar de prestación de dichos servicios es también en Portugal, por lo que no entrarían en juego ninguno de los criterios alternativos establecidos en el Reglamento Bruselas I (v.gr. si hubiera trabajado en España). Si tales circunstancias fueran las descritas, pero la empresa hubiera tenido el domicilio en España, entonces sí hubieran sido competentes los tribunales españoles (*Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 12 Jun. 2003, Rec. 4231/2002*).

Por otra parte, el empresario puede acordar con el trabajador otro foro judicial, siempre que este acuerdo sea posterior al nacimiento del litigio o, siendo anterior, permita al trabajador la demanda ante un órgano jurisdiccional distinto a los previstos en el Reglamento (*artículo 23*). Los criterios de atribución competencial del Reglamento Bruselas I se repiten, aunque de forma menos detallada, en el Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988.

2.2. Artículo 15 de la Ley 45/1999 (RDL 9/2017, de 26 de mayo) y artículo 25 de la LOPJ

En lo que no disponga el Reglamento Bruselas I se aplicará la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y la Ley 36/2011, de jurisdicción social (LJS), normas que deben interpretarse conforme al Reglamento tomando en consideración la jerarquía normativa que establece la Constitución Española (artículo 96 de la Constitución).

En cuanto a la Ley 45/1999 (modificada por el RDL 9/2017), su artículo 15 establece que los órganos jurisdiccionales españoles del orden social son competentes en relación con los litigios que surjan sobre las condiciones de trabajo y empleo, así como las disputas que puedan surgir en relación con el desplazamiento temporal de trabajadores (en general artículo 2 de la LJS). Tal cláusula del RDL es coherente con lo dispuesto en el artículo 25 de la LOPJ, que diseña para el contrato de trabajo una escala de criterios de atribución de competencias para los tribunales españoles, a saber:

- Los servicios son prestados en España.
- El contrato se celebra en territorio español.
- El domicilio del demandado está en España. Normalmente este criterio no se aplicará en el caso de trabajadores desplazados desde otro Estado miembro a España, ya que estos trabajadores desplazados suelen haber sido contratados por una empresa -si fuera demandada- que no tiene el domicilio en España, salvo que se trate de una delegación o un centro en España dentro de un grupo de empresas.
- Cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato.
- Sobre la legalidad de un *convenio colectivo*, cuando éste se haya celebrado en territorio español. Este criterio no se aplicará normalmente, ya que las empresas y trabajadores desplazados a España raramente negociarán un convenio colectivo en territorio español, siendo de aplicación a los trabajadores el convenio que se ha celebrado en el país de envío. En relación con este criterio de atribución competencial, cabe preguntarse si un acuerdo colectivo con los representantes de los trabajadores podría incluirse en este apartado, lo que en principio no parece que pueda contestarse afirmativamente. En relación con la expresión “convenio colectivo” no existe en España un régimen siquiera similar al de los países nórdicos, en los cuales es frecuente negociar los convenios entre sindicatos y empresas en unidades de centro de trabajo e incluso a pie de obra. De hecho, esta práctica negociadora llevó a las delegaciones de los países nórdicos a presentar la propuesta de incorporar en la Directiva 2014/67/UE “la obligación de designar una persona de contacto para negociar, si fuera necesario, en representación del empleador con los agentes sociales del Estado miembro de recepción». En cambio, el planteamiento era ciertamente muy estricto, lo que mereció el rechazo en el Consejo, sustituyéndose la obligación por una configuración más suave que utilizaba las expresiones

“*persona de contacto*» con la cual el empresario debía «*intentar o buscar*» la «*negociación*»⁴.

Por otro lado, el último apartado mencionado del art. 25 de la LOPJ señala la competencia de los tribunales españoles en relación con los conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español. También serían competentes los tribunales españoles en esta materia, aunque se exige una conexión entre el conflicto colectivo –y su repercusión en los contratos de trabajo del grupo de trabajadores- y España (v.gr. prestación de servicios en España, celebración del contrato de trabajo en territorio español, domicilio del demandado en España, nacionalidad española del trabajador y del empresario -conforme a sentencia TS Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 20 Jul. 2007, Rec. 76/2006⁵-). Esta situación puede ser perfectamente posible si un grupo o colectividad de trabajadores desplazados inician un conflicto colectivo en relación con la empresa en territorio español. Además, como se verá, también serían competentes los Tribunales españoles de acuerdo con la norma comunitaria (Reglamento Bruselas I) ya que, aunque ésta se aplique a las demandas individuales, puede haber una vinculación entre la pretensión colectiva y los derechos concretos cuyo reconocimiento se pretende con proyección en el contrato individual de trabajo (sentencia del TS 20-7-07 (Rec. 76/06). Incluso puede ocurrir que en determinados supuestos, como el de cesión ilegal entre dos empresas, puedan concurrir las jurisdicciones de España y otro país, dependiendo de si existe conexión de la cedente con un país y de la cesionaria con otro distinto (Sentencia del TS de 20 de julio de 2007 –La Ley 132566/2007).

En general, tanto la LOJP como la LJS serán aplicables, para determinar la compe-

⁴ Pablo PÁRAMO MONTERO, *La nueva Directiva 2014/67/UE sobre el desplazamiento temporal de trabajadores*, Trabajo y Derecho, nº 3, 1 de mar. de 2015, Edit. Wolters Kluwer, pág. 10

⁵ Sentencia comentada por Yolanda MANEIRO VÁZQUEZ en “*Jurisdicción competente para conocer os litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales*”; Relaciones Laborales, N.4, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 Feb. 2010, Año XXVI, pág. 291, Tomo 1, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 517/2010).

tencia de los tribunales, a los supuestos de desplazamientos temporales de trabajadores de carácter transnacional entre España y Estados no miembros de la Unión Europea.

2.3. Reclamaciones en materia de Seguridad Social: supuestos conflictivos

Los tribunales españoles también son competentes respecto a las reclamaciones en materia de Seguridad Social, a las que no es de aplicación el Reglamento Bruselas I, siempre que las mismas se refieran a una empresa que “sea española” o que tenga delegación, domicilio o agencia en España (párrafo tercero del artículo 25 de la LOPJ). Respecto al término empresa “española” y empresario que tiene domicilio en España, el art. 28 del Código Civil establece que las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozan de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas. Por lo que respecta al requisito de empresas que tengan “delegación, domicilio o agencia en España”, este supuesto, por lo que a desplazamientos temporales de trabajadores se refiere, estaría refiriéndose exclusivamente al apartado b) (grupos de empresa) de la Directiva 96/71/CE.

En el caso de que se trate de trabajadores españoles desplazados a otro Estado miembro por una empresa española, sería esta empresa la que ostentaría la responsabilidad directa y competentes los tribunales españoles, aunque se trate de una reclamación relativa a un hecho o accidente que haya tenido lugar en otro Estado miembro. En efecto, por ejemplo, en caso de accidente de trabajo, de acuerdo con el citado artículo 25 LOPJ, serían competentes los tribunales españoles para imponer un recargo de prestaciones a una entidad española que opera en otro Estado miembro y, por lo tanto, competencia de la Inspección de Trabajo española proponer dicho recargo de prestaciones. Conviene añadir que el recargo no es una institución característica de los ordenamientos jurídicos de otros países (salvo Portugal⁶), pero la posibilidad de apli-

carlo a un trabajador que sufre un accidente en otro Estado miembro estaría justificada, ya que entraría en juego la norma de conflicto *lex loci delegationis*, conforme al art. 12 del Reglamento Comunitario 883/2004, de 29 de abril de 2004, sin necesidad de recurrir al Reglamento Roma I, que también establece una serie de normas de conflicto para la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo (en este sentido ver la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 270/2008 de 18 Mar. 2008, Rec. 318/2008). Esta posibilidad requiere, por supuesto, que exista un nexo causal entre el accidente y el incumplimiento y así se haya acreditado por las autoridades del Estado miembro de recepción. Además, en el caso concreto de Portugal, el Reino de España ha suscrito un *Acuerdo de intercambio de información y cooperación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España y la Inspección General de Trabajo de Portugal*, de fecha 3 de octubre de 2003, según el cual las autoridades centrales de la Inspección de Trabajo de ambos países se remiten información de forma recíproca en caso de un accidente de trabajo, y está previsto que, con ocasión de un accidente de trabajo de un trabajador desplazado a Portugal al servicio de una empresa española, se remita a España dicha información al objeto de poder exigir las responsabilidades pertinentes y en particular, determinar si procede o no el recargo de prestaciones de la Seguridad Social.

La referencia a una empresa que “sea española” de la LOPJ plantea la cuestión de si, por ejemplo, podría un tribunal español entender de una reclamación por un recargo de prestaciones que se imputa solidariamen-

forma a la luz de la experiencia comparada. Salvador DEL REY GUANTER (director) Manuel LUQUE PARRA (coordinador) @La Ley pág. 247; véase en: https://books.google.es/books?id=9tE5Kk80sHKC&pg=PP1&dq=Responsabilidades+en+materia+de+seguridad+y+salud+laboral:+propuestas+de+reforma+a+la+luz+de+la+experiencia+comparada.&source=bl&ots=HJModqKDMm&sig=BCUzbz0-9vPcS2oYAft0lyq5hNbwY&hl=es&sa=X&ved=0ahUKewiWqs-3v96TZAhUM7RQKHT4sD_wQ6AEIRTAG#v=onepage&eq=Responsabilidades%20en%20materia%20de%20seguridad%20y%20salud%20laboral%3A%20propuestas%20de%20reforma%20a%20la%20luz%20de%20la%20experiencia%20comparada.&tf=false

⁶ Francisco Javier ALFONSO ARTOLA; *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral: propuestas de re-*

te a la empresa contratista (española) y a la subcontratista (de otro Estado miembro) que ha cometido una infracción en territorio español. Se plantea si la legislación en materia de recargos sería aplicable a esa empresa procedente de otro Estado miembro. En principio no parece que forme parte del núcleo de condiciones mínimas previstas en el art. 3 de la Directiva 96/71/CE. ¿Pero podría imputarse tal responsabilidad a la empresa española? La jurisprudencia en España ha previsto la posibilidad de imputar de forma solidaria a la empresa contratista el recargo impuesto a la empresa subcontratista. Sin embargo, en principio no cabría imputar este recargo a la empresa procedente de otro Estado miembro, ya que la legislación de Seguridad Social no sería aplicable a la misma. En ese caso tampoco cabría imputar una responsabilidad solidaria a la empresa contratista, ya que no puede hacerse solidaria una responsabilidad que no existe en su modalidad directa, salvo que se entienda que esa solidaridad que ha consagrado la jurisprudencia española lo sea en concepto de coautoría. No obstante, si se entendiera que el recargo de prestaciones es legislación de seguridad y salud laboral y no de Seguridad Social, la conclusión sería distinta y, por ende, un tribunal español podría entender de este asunto. A la inversa, es decir, responsabilidad solidaria de la empresa contratista española respecto a la infracción cometida por una empresa de otro Estado miembro en suelo de éste, no cabría extender la responsabilidad solidaria si no existiera en este Estado miembro la institución del recargo.

Pueden plantearse otros supuestos, como la responsabilidad en materia de prestaciones por falta de alta en la Seguridad Social (art. 167 LGSS) o responsabilidad en materia de prestaciones por enfermedad profesional por falta de reconocimientos médicos (art. 244 LGSS). ¿Cabría estimar estas demandas de responsabilidad? ¿Qué tribunal sería competente para entender de estas pretensiones en el caso de empresa desplazada a España desde otro Estado miembro? Al exigir la ley dos requisitos alternativos: que la entidad o empresa “sea española” o que tenga delegación o sucursal en España, la respuesta sobre la competencia de un tribunal español en esta materia sería en sentido negativo si se trata de trabajadores procedentes de otro Estado

miembro, salvo que se trate de los supuestos mencionados (desplazamiento intra-grupos o delegación en España). A este respecto conviene recordar que no sería de aplicación el Reglamento Bruselas I, que excluye expresamente de su ámbito de aplicación la Seguridad Social (art. 1.2.c del Reglamento (UE) n.º 1215/2012). La conclusión sería distinta, nuevamente, si se aceptara que tales preceptos constituyen normativa de salud laboral, ya que entonces entraría en juego el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE.

3. COMPETENCIA TERRITORIAL JUDICIAL Y CUESTIONES COMPETENCIALES REFERIDAS A LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. ACTUACIÓN RESPECTO A HECHOS OCURRIDOS FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL

3.1. Trabajadores comunitarios desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios

En este epígrafe tratamos de resolver las cuestiones competenciales que se planteen en relación con la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en aquellos supuestos en los que existe un elemento internacional. La competencia de la Inspección de Trabajo española corre, sin duda, en paralelo con las normas establecidas en el Reglamento Bruselas I y en la LOPJ, aunque no de forma idéntica. La Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo 23/2015, de 21 de julio, sólo regula la intervención de la inspección de Trabajo en actuaciones con elemento internacional desde la perspectiva de la colaboración (artículos 16 y 21). Pero la cuestión es más compleja de lo que parece. Así, el asombroso incremento de las prestaciones de servicios transnacionales en el marco de la Unión Europea, así como la eclosión de las nuevas formas de empleo y la economía colaborativa, comienzan a presentar un escenario con no pocos puntos conflictivos en cuanto a la aplicación de la norma y en relación con la autoridad administrativa competente. En efecto, para determinar la competencia de la inspección de Trabajo, como autoridad administrativa, con sus poderes de

inspección y sanción, hay que tener en cuenta no sólo algunas disposiciones analizadas anteriormente, sino las materias objeto de actuación.

Así, en relación con los trabajadores desplazados temporalmente de otro Estado miembro a España, la Inspección de Trabajo española será competente respecto a las condiciones de trabajo previstas en la Directiva 96/71/CE. Para la inspección de las condiciones de trabajo de la Directiva 96/71/CE se aplica el criterio *loci laboris* (de forma similar al criterio del art. 21.1.b) i del Reglamento Bruselas I). En relación con los trabajadores españoles desplazados a otro Estado miembro desde España, la inspección de las condiciones de trabajo mínimas (núcleo duro de art. 3 Directiva 96/71) corresponderá a las autoridades de ese Estado miembro (art. 7.1 Directiva 2014/67/UE). Esta acción del Estado miembro de acogida puede realizarse a instancia propia, pero también las comprobaciones y controles necesarios pueden ser realizados a petición de las autoridades españolas (arts. 7.6 y 10 de la Directiva 2014/67/UE). Además, las autoridades del Estado miembro en el que esté establecido el prestador de servicios podrán ayudar al Estado miembro de recepción a garantizar el cumplimiento de las condiciones aplicables con arreglo a la Directiva 96/71/CE y podrán facilitar información acerca de la legalidad del establecimiento del prestador de servicios (art. 7.3 de la Directiva 2014/67/UE).

Por otra parte, nada impide que una empresa española desplazada a otro Estado miembro pueda ser objeto de inspección por parte de la Inspección de Trabajo española y respecto a las condiciones laborales generales (incluidas en el artículo 3 de la Directiva), pero eso sí, sin posibilidad de inspección *in situ*. Este control cobra mayor relevancia si estas condiciones laborales son superiores o mejores que las del Estado miembro de acogida, aplicándose el criterio competencial de *lex loci delegationis* (también contenido en el Reglamento Bruselas I). Pero además, la Directiva 2014/67/UE (art.7.2) establece que las autoridades del Estado miembro de origen *“continuará encargándose del seguimiento, control y adopción de las medidas de supervisión o garantía de cumplimiento necesarias*

con respecto a los trabajadores desplazados a otro Estado miembro, de acuerdo con el Derecho, las prácticas y los procedimientos administrativos” de ese Estado (art. 7.2 Directiva 2014/67/UE).

Igualmente, la Inspección de Trabajo será competente en materia de inspección y procedimiento sancionador cuando exista una reclamación en materia de Seguridad Social siempre que se refiera a una empresa con domicilio o delegación en España aunque el trabajador temporalmente trabaje en otro Estado (artículo 25 de la LOPJ, en relación con el art. 12 del Reglamento 883/2004). En este punto pueden traerse a colación nuevamente los ejemplos del un recargo de prestaciones aunque el accidente haya tenido lugar en otro Estado y la responsabilidad en materia de prestaciones por falta de alta en la Seguridad Social (art. 167 LGSS) o por falta de reconocimientos médicos (art. 244 LGSS). La Inspección de Trabajo en su labor inspectora aplicará, en materia de Seguridad Social, la norma de conflicto *lex loci delegationis* (art. 12 del Reglamento Comunitario 883/2004) y en materia laboral se aplicarían las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma I, considerando que el desplazamiento temporal del trabajador no implica cambio del país de realización habitual del trabajo.

3.2. Trabajadores procedentes de Estados no miembros y trabajadores españoles que prestan servicios en Estados no miembros

Respecto a los trabajadores no comunitarios, se tomarán como referencia los criterios establecidos en el art. 25 de la LOPJ. Es decir, la Inspección de Trabajo española es competente en materia de procedimiento de inspección y sanción respecto a las condiciones de trabajo de trabajadores no comunitarios que prestan servicios en España. Por su parte, el artículo 8.1 del mismo cuerpo legal estipula que *“las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”*. Por lo tanto, resulta obvio que competiría a la Inspección de Trabajo la vigilancia y actuación sobre estos trabajadores, aunque la empresa sea extranjera.

Esta competencia estaría igualmente justificada aunque los servicios sean prestados por trabajadores españoles fuera de España, en Estados no miembros, en régimen de desplazamiento, ya que el contrato se ha celebrado en territorio español o el trabajador y el empresario tienen nacionalidad común española (criterios de la LOPJ). Esta competencia de la Inspección de Trabajo respecto a trabajadores desplazados al extranjero sólo se refiere, claro está, respecto a los actos de inspección realizados en el domicilio de la empresa en España y no en el centro de trabajo sito en el extranjero. Esta conclusión viene respaldada por lo establecido en el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual la *“legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español”*. Está claro que para poder verificar el cumplimiento de esta norma se requiere la actuación de la inspección de Trabajo española en territorio nacional.

Tanto en este supuesto como en el anterior, ha de tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 10.5 del Código Civil, que establece que *“se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato”*. Difícilmente cabría una competencia plena de la inspección de Trabajo si la ley aplicable al contrato de trabajo no fuera la española.

Se plantean más dudas respecto a esa competencia si el traslado es definitivo, es decir, si se trata de un trabajador destinado a una empresa filial situada en un país extranjero. En este caso, habrá que examinar si el contrato ha sido firmado en España o cuál es la nacionalidad común de ambas partes, empresario y trabajador, pero en principio no parece que pueda atribuirse a la Inspección de Trabajo española una competencia de inspec-

ción, aunque el domicilio social de la empresa matriz se halle en España. La empresa filial no sería en términos jurídicos una “empresa española” al decir del Estatuto de los Trabajadores, sino una empresa extranjera, creada y domiciliada en el extranjero por mucho que pertenezca al mismo grupo empresarial. A estos efectos, se requiere que exista una relación jurídica y contractual entre la sociedad domiciliada en el extranjero y el trabajador. Como tampoco concurren los criterios atributivos de competencia del art. 25 LOPJ, pues los servicios no se prestan en España, el contrato de trabajo suele celebrarse en el extranjero, y la empresa demandada tiene el domicilio fuera de España, no coincidiendo tampoco la nacionalidad de trabajador y empresario filial, ni los tribunales españoles ni tampoco las autoridades administrativas serían competentes (*Sentencia de 9 de junio de 2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, RSU 1703/2013*). Cuestión distinta es si el trabajador va al extranjero en condición de expatriado y sigue formando parte de la plantilla y mantiene relación laboral con la empresa matriz. Por último, no parece que la construcción de la idea de un grupo de empresas pueda modificar este criterio de atribución competencial, aunque algún tribunal ha optado por entender que los tribunales españoles son competentes si la empresa extranjera tiene carácter meramente instrumental de una empresa española (*Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 14/2018 de 16 Ene. 2018, Rec. 3876/2015*).

4. NORMAS DE CONFLICTO Y LEY APLICABLE EN CASO DE DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE TRABAJADORES

4.1. Aplicación de la ley a trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios en la Unión Europea. Reglamento Roma I y Reglamento Comunitario 883/2004, de 29 de abril de 2004

En muchas ocasiones los conflictos de competencia en la Unión Europea están relacionados con conflictos en la aplicación de la

ley, en especial en los casos de desplazamientos temporales. Para resolver estos conflictos deben en primer lugar exponerse las normas de conflicto para aplicación de la ley que establece el Reglamento Roma I (art. 8), el cual prevé que:

- El contrato individual de trabajo se regirá por la *ley que elijan las partes*, pero dicha elección *no podrá tener por resultado* el privar al trabajador de la protección que le aseguran las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los siguientes criterios.
- En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, 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*. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter *temporal* su trabajo en otro país.
- Cuando no pueda determinarse la ley aplicable en virtud del anterior criterio, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el *establecimiento* a través del cual haya sido contratado el trabajador.
- Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta *vínculos más estrechos* con un país distinto del indicado conforme a los criterios anteriores, se aplicará la ley de este país⁷.

Por lo tanto, son cuatro criterios jerarquizados claros:

- Elección de la ley por las partes.

⁷ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2013 (TJCE 2013, 277); también ver MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana; *La Ley de vínculos más estrechos como ley aplicable a un contrato individual de trabajo: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2013 (TJCE 2013, 277)*; Universidad de Sevilla. Departamento de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado, 2015.

- *Lex loci laboris*.
- *Lex loci delegationis*.
- Vínculo más estrecho del contrato.

La norma de conflicto es clara, aunque pueden encontrarse zonas de fricción entre este Reglamento y las Directivas 96/71/CE, 2014/67/UE y 2018/957/UE. Estas fricciones deben resolverse, como se pone de manifiesto en otra parte del presente estudio, tomando el principio *lex specialis derogat generali*, siendo leyes especiales las mencionadas Directivas.

En materia de Seguridad Social, se aplica el artículo 12 del Reglamento 883/2004, que establece que *“la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada”*.

Ambas normas, el Reglamento Roma I y el Reglamento 883/2004 no son incompatibles, aunque regulan aspectos distintos. Del tenor de las mismas se desprende que en materias de inspección laboral y de Seguridad Social la inspección de Trabajo española competente deberá tener en cuenta las disposiciones del citado Reglamento a efectos de identificar la ley aplicable.

En general, cuando la prestación de servicios se realiza en España pero la ley aplicable, conforme a las normas de conflicto anteriormente expuestas, no es la española, surgen los conflictos para la Inspección de Trabajo, como se verá a continuación.

4.2. Conflictos mixtos relacionados con trabajadores desplazados a España por una empresa de otro Estado miembro

En principio, los criterios de atribución competencial y ley aplicable parecen claros, pero en la práctica se plantean problemas con

algunas categorías especiales de trabajadores como, por ejemplo, los pilotos o el personal de vuelo de líneas aéreas. Nos referimos concretamente al personal de Ryanair, cuyo domicilio empresarial se halla en Irlanda, y sin embargo parte de sus bases de servicios radican en España. La cuestión no es baladí y constituye uno de los motivos por los que se comunicó la huelga de los días 25 y 26 de julio de 2018 por parte del personal de vuelo⁸.

En primer lugar, hay que despejar la cuestión de si los trabajadores de Ryanair se encuentran trabajando en una base española a consecuencia de un desplazamiento temporal. Es decir, si los trabajadores habitualmente residían en Irlanda cuando fueron contratados para ir a un aeropuerto español y este traslado es para la prestación de un servicio específico. Si los trabajadores fueron reclutados por Ryanair (o una empresa intermediaria) para ser trasladados a España y vivían o trabajaban habitualmente en Irlanda, podría discutirse si es de aplicación (como ha defendido Ryanair en alguna que otra ocasión) la Directiva 96/71/CE y las normas imperativas de salario, seguridad higiene, vacaciones, etc. de España (artículo 3 de la Directiva) en la medida en que este desplazamiento se efectuara para la prestación de un servicio transnacional tal y como lo definen las Directivas 96/71/CE y 2014/67UE. La aplicación de las citadas Directivas en efecto exige que los trabajadores hayan sido destacados con carácter temporal en el marco de una prestación concreta de servicios. En este caso, si el desplazamiento es inferior a 24 meses, los trabajadores estarían además cubiertos por la Seguridad Social irlandesa y en España tendrían que presentar el certificado A1 (art.12 del Reglamento 883/2004). El resto de las condiciones de trabajo no mínimas se regirán por la legislación irlandesa. Sin embargo, esta situación no parece ser la que se presenta en el ejemplo analizado porque aparentemente no se trata de desplazamientos temporales, sino de estancia permanente en las bases españolas.

⁸ Ver https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/Ryanair-acorralado-Espana-tripulantes-juzgados_0_1152786054.html

¿Qué ocurre si los trabajadores no fueron reclutados en Irlanda, ya que no residían ni tenían su domicilio allí, sino que fueron contratados en España en el marco de un proceso de selección, y sólo fueron a Irlanda a hacer la entrevista o firmar el contrato? En este caso habrá que tener en cuenta las normas de conflicto sobre competencia y sobre legislación aplicable al contrato de trabajo y no las Directivas 96/71/CE y 2018/957/UE.

Por otra parte, sobre la competencia de los tribunales Ryanair ha defendido que son competentes los tribunales irlandeses para entender de las reclamaciones derivadas del contrato de trabajo. En paralelo, la compañía ha defendido la aplicación de la ley irlandesa, que establece salarios más bajos que los de otros países (por ejemplo, Francia). Esta interpretación ha sido rechazada por el Tribunal de Justicia Europeo en el caso *Sandra Nogueira y otros vs Ryanair (C-168/16 y C-169/16)*, en el que el tribunal declara que está justificado tomar el concepto de «base» como el criterio para determinar cuál es la jurisdicción competente respecto al personal de la línea aérea. El TJE argumenta que el propio Reglamento 883/2004, en su considerando 18 ter, define el concepto de «base» para los miembros de tripulaciones de vuelo y de cabina como el «*lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios períodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante*». Por lo tanto, el Tribunal concluye que son competentes los órganos jurisdiccionales belgas y no los irlandeses (el conflicto afectaba al personal con base en el aeropuerto belga de Charleroi).

Y en relación con la ley aplicable al contrato de trabajo, la misma situación (personal en Charleroi) fue objeto en 2012 de una pregunta del Parlamento Europeo (Ref. E-003322/2012) a la Comisión. Ésta respondió que por lo que se refería a legislación laboral, de acuerdo con el art. 8 del Reglamento Roma I, el contrato de trabajo se somete a la ley del país elegido por ambas partes, pero esa elección no puede tener el resultado de privar al trabajador de la protección que le otorgarían las disposiciones imperativas (no susceptibles de sustraerse mediante acuerdo inter-partes) de la ley

del país en el que el trabajador realiza habitualmente su trabajo. Es decir, la Comisión toma como referencia el Reglamento Roma I en cuanto a la legislación laboral aplicable.

En el caso de España, al personal de vuelo y cabina de las bases que Ryanair tenga en aeropuertos españoles le es de aplicación el Reglamento Roma I. Por lo tanto, se aplicaría la ley irlandesa sólo si ésta ha sido la elegida por las partes, pero tendría prioridad sobre esa ley la aplicación de condiciones de trabajo que en España se consideran imperativas (salario, seguridad e higiene, jornada máxima, descansos mínimos obligatorios, vacaciones, etc.), porque la elección por las partes de la ley no puede tener como resultado privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones españolas, que se hubieran aplicado de no haberse elegido otra ley (lugar de prestación habitual del servicio -art. 8.2 del reglamento Roma I-). El problema se plantea a la hora de determinar qué condiciones de trabajo han de considerarse imperativas, conforme al art. 8.1 del Reglamento Roma I. A este respecto bien pueden considerarse imperativas las mismas condiciones de trabajo referidas en el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, a saber:

- Jornada y descanso.
- Vacaciones.
- Salario.
- Salud, la seguridad y la higiene en el trabajo.
- Protección del trabajo de la maternidad, de los niños y de los jóvenes.
- Igualdad de trato y no discriminación.

Respecto al salario, debe indicarse que ya no estamos hablando de un salario mínimo (Directiva 96/71/CE), sino de un salario establecido legal o convencionalmente para un trabajo igual o similar (Directiva 2018/957/UE). Para determinar el salario que sería aplicable al personal de vuelo o pilotos de Ryanair en España, debe acudir al convenio del sector nacional o provincial, si existe. Por ejemplo, la Audiencia Nacional obligó a Ryanair

a cumplir con el Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2012⁹). Pero a falta de convenio no queda más referencia que el salario mínimo general, ya que el sector aéreo está dominado por convenios de empresa y no por convenios sectoriales o provinciales, y sin perjuicio de que los sindicatos puedan instar la negociación de un convenio colectivo conforme a las normas establecidas en el Estatuto de los Trabajadores. De hecho, la compañía Ryanair ya asumió en 2018 la necesidad de negociar un convenio y, por ejemplo, ya se ha comprometido a negociar un convenio colectivo con el SEPLA¹⁰.

Sobre el tema han surgido también conflictos en otros lugares de Europa, en especial en relación con la práctica de Ryanair de incluir en sus contratos de trabajo una cláusula por la que la relación laboral se rige por la legislación irlandesa y la competencia judicial corresponde a los tribunales irlandeses. Se suscitó la polémica en Francia, donde los tribunales declararon que la legislación aplicable al personal de Ryanair en el aeropuerto de Marsella era la francesa, lo que tuvo como consecuencia el cierre de la base de Ryanair en ese aeropuerto. La empresa mantuvo que se trataba de personal temporalmente desplazado a Marsella¹¹, sin lograr convencer a los tribunales franceses. Similar conflicto se suscitó en Noruega, discutiéndose igualmente qué ley era aplicable al personal de Ryanair en base noruega, sentenciado el tribunal competente en contra de Ryanair en recurso de apelación, aunque la decisión se pronunciaba directamente sobre el tema de la jurisdicción competente¹².

Por lo que refiere a legislación de Seguridad Social, el caso analizado puede o no estar incluido en el art. 12 del Reglamento

⁹ Véase noticia en https://elpais.com/economia/2012/08/24/agencias/1345810041_023728.html

¹⁰ Véase noticia en <http://www.expansion.com/empresas/transporte/2018/03/25/5ab7775f46163f6c378b45e5.html>

¹¹ <http://www.english.rfi.fr/europe/20130530-ryanair-french-court-dodging-french-labour-law>

¹² <http://www.newsenglish.no/2013/08/21/ryanair-loses-in-norwegian-court/>

883/2004, dependiendo nuevamente de si ha habido una efectiva y genuina prestación transnacional de servicios y desplazamiento temporal o no. En caso afirmativo, los trabajadores mantendrán la Seguridad Social del Estado de origen y cualquier reclamación respecto a temas de Seguridad Social (cotización por bases inferiores a las reales, impago de la prestación de IT sustitutiva, etc.) deberá canalizarse a través de las autoridades irlandesas. En cambio, si no ha existido tal desplazamiento porque el trabajador contratado ya residía en España, no serían de aplicación los artículos 12 y 13 del Reglamento 883/2004. Es más, no cabría un alta en la Seguridad Social en Irlanda, sino en España, por lo que la inspección de Trabajo española tendría que dar de alta de oficio a los trabajadores en este último caso, sin perjuicio de las responsabilidades empresariales que procedieran, y sin perjuicio de la necesaria coordinación con las autoridades competentes de Irlanda (ver epígrafe 3.4). En esta dirección apuntaba también la pregunta parlamentaria analizada anteriormente, que declaró que el personal de vuelo de Ryanair con base -permanente- en Charleroi estaba sujeto a la legislación de Seguridad Social belga.

4.3. Otros conflictos de determinación de competencia y/o aplicación de la ley derivados de la indeterminación del lugar de la prestación de servicios

¿Cómo se determina la competencia de los tribunales y la legislación aplicable cuando el trabajador presta servicios en varios Estados miembros? En relación con la determinación de competencia, sirva de ejemplo el caso *Herbert Weber vs Universal Ogden Services Ltd* (C-37/00), en el que el TJE señala que, como en el caso *Rutten* (C-383/95), el lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo es aquél en el que ha establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales, y que para ello hay que considerar el lugar donde el trabajador pasa la mayor parte de su tiempo o tiene despacho de empresa desde el que organiza su trabajo y al que regresa después de los viajes profesionales. Dice la sentencia que, a diferencia del citado caso *Rutten*, el Sr. Weber -demandante- no disponía en uno de los Estados contratantes de un

despacho que constituyera el centro efectivo de sus actividades profesionales y a partir del cual cumpliera lo esencial de sus obligaciones respecto a su empresa. Por ello, no aplica en toda su integridad la anterior jurisprudencia, pero declara que en el caso de un contrato de trabajo ejecutado en el territorio de varios Estados miembros debe considerarse el lugar con el cual el litigio tiene el punto de conexión más significativo o el centro de gravedad de la relación laboral con la empresa, y ello para garantizar una protección adecuada al trabajador como parte contratante más débil, y para evitar la multiplicidad de órganos jurisdiccionales competentes, ya que en dicho lugar el trabajador puede, con menores gastos, entablar acciones judiciales contra su empresa o defenderse, y el Juez de dicho lugar es el más apto para resolver los litigios relativos al contrato de trabajo.

Por otra parte, a falta de elección de la ley aplicable por las partes, el siguiente criterio establecido por el Reglamento Roma I es el del lugar de la prestación del servicio laboral. En el caso *Jan Voogsgeerd y Navimer SA* (C-384/10) el Tribunal de Justicia Europeo declaró que, a efectos de determinar el Derecho aplicable, el criterio de vinculación del contrato de trabajo al lugar en el que el trabajador realiza habitualmente sus funciones debe tomarse en consideración de modo prioritario y se excluye la toma en consideración del criterio subsidiario del lugar de la sede del establecimiento que contrató al trabajador. Además, el criterio del país en que el trabajador «realice habitualmente su trabajo» debe interpretarse en sentido amplio, mientras que el criterio del país «en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador» debe aplicarse únicamente cuando el juez que conoce del asunto no puede determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo (ver también *Koelzsch* C-29/10).

Otras sentencias del TJE han señalado que, a falta de identificación del lugar habitual de prestación de trabajo, se toma en consideración:

- El lugar en el que el trabajador realiza su actividad profesional de forma significativa o principal (caso *Rutten*, C-383/95).

- El lugar en el que el trabajador habitualmente realiza su trabajo (caso *Mulox C-125/92*).
- El lugar en el que el trabajador ejecuta la mayor parte de sus operaciones u obligaciones (caso *Koelzsch*, C-29/10).
- El lugar en el que se encuentra el centro de negocios de la empresa a través del cual contrata al trabajador, cuando éste es contratado por una empresa para ser desplazado a otro Estado miembro; (caso *Voogsgeerd*, C-384/10).

Finalmente, no se ha de olvidar que existen casos en los que las empresas buscan alterar el funcionamiento normal de los mecanismos de aplicación de la ley y las normas de conflicto contenidas en las distintas disposiciones europeas:

- Trabajador que habitualmente realiza su trabajo en un determinado Estado y es enviado a otro Estado con la intención, no de prestar un servicio limitado en el tiempo, sino de lograr su inserción en el mercado laboral del Estado miembro receptor: uso fraudulento de la Directiva 96/71/CE (caso de *Rush Portuguesa*, C-113/89).
- Trabajador que es contratado para ser desplazado a otro Estado miembro a través de una empresa buzón “letter-box” (caso *ECJ 9-11-2002, Plum*): uso fraudulento de la Directiva 96/71 y consecuente aplicación del apartado 2 del artículo 8 del Reglamento Roma I (aplicación de la ley del país del Estado de recepción) porque el contrato de trabajo no tiene vinculación estrecha con el Estado de origen (sólo se ha producido en el mismo el reclutamiento) y no suele haber trabajo previo habitual (el trabajador es reclutado para ser cedido inmediatamente).

Otros supuestos que suelen ser conflictivos son los relativos a los trabajadores fronterizos. En el caso *André Mazzoleni vs Inter Surveillance Assistance* (C-165/98, de 15 de marzo de 2001) el TJE resuelve el supuesto de trabajadores de una empresa establecida en un Estado miembro que trabajan a tiempo parcial y durante breves períodos en la zona

limítrofe de otro Estado miembro y en el que percibirían salarios mejores. El TJE declara que dichos trabajadores tienen derecho a disfrutar en el Estado miembro de establecimiento de una protección global comparable, aunque el salario mínimo sea inferior en este Estado respecto al Estado en el que trabajan. El TJE declara que la aplicación de la norma del Estado en el que trabajan podría ser desproporcionada y que incumbe a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida determinar si la aplicación a la empresa de su normativa nacional es necesaria y proporcionada para garantizar la protección de los trabajadores afectados y, de ser así, en qué medida¹³.

4.4. Procedimientos. Problemática de los certificados A1

Los certificados A1 son fundamentales para determinar la ley de Seguridad Social aplicable a los trabajadores desplazados. Estos formularios o certificados han sido objeto de no pocas polémicas entre los Estados miembros; en particular se ha planteado hasta qué punto debe un Estado miembro respetar los certificados emitidos por otro Estado, aunque existan dudas sobre su legitimidad. Esta cuestión ha sido recientemente abordada por el Tribunal Europeo de Justicia en su sentencia de 6 de febrero de 2018 (caso *Altum et al.*; C-359/16), en la cual el Tribunal recuerda que la expedición de los certificados A1 está sujeta al cumplimiento de dos requisitos: a) existencia de un vínculo necesario entre la empresa que desplaza al trabajador y éste durante el período de desplazamiento; y b) que la empresa que desplaza al trabajador desempeñe con carácter habitual actividades significativas en el territorio de dicho Estado miembro. Si estos requisitos se cumplen, la primera consecuencia es la obligación del Estado de acogida del trabajador desplazado de respetar los certificados A1 (art. 14 del Reglamento n.º 1408/71 y art. 11 del Reglamento n.º 574/72 (conf. *A-Rosa Flussschiff*, C620/15),

¹³ Sobre trabajadores fronterizos puede consultarse el estudio de Aurelio DESDENTADO BONETE «Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004», Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 64, págs. 19 y ss.

ya que se aplica el principio de que el certificado A1 es vinculante para la institución competente del Estado miembro de acogida.

Pero puede ocurrir que este Estado de acogida exprese dudas sobre la exactitud de los hechos que constituyen la base de dicho certificado y/o sospeche que éste no cumple con las prescripciones legales y así se lo comuniquen al Estado emisor (artículo 14 del Reglamento n.º 1408/71). ¿Qué debe entonces hacer en este caso el Estado que ha expedido los certificados? La citada sentencia señala que este Estado debe volver a considerar la fundamentación de dicha expedición y, en su caso, retirar dicho certificado. Si el Estado emisor no revoca el certificado, y en definitiva, no se llega a un acuerdo entre ambos Estados al respecto, podrán optar el Estado receptor por plantear la cuestión ante la Comisión Administrativa de la Seguridad Social (conf. arts. 84 y 80 del Reglamento n.º 1408/71). Si la Comisión Administrativa no llega a la conciliación de las instituciones competentes de ambos Estados acerca de la legislación aplicable al caso, el Estado de acogida puede acudir a la vía jurisdiccional del Tribunal Europeo de Justicia por incumplimiento de la normativa europea (artículo 259 TFUE) y para que determine la legislación de Seguridad Social aplicable.

Como la prohibición del fraude y del abuso de derecho constituye un principio general del Derecho de la Unión, la normativa de la Unión no puede extender su aplicación hasta llegar a cubrir las operaciones que se realicen para beneficiarse fraudulenta o abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho de la Unión. Y cuando la institución competente del Estado miembro expedidor de los certificados se abstiene de llevar a cabo una revisión de oficio de los mismos en un plazo razonable y también falla el marco del diálogo previsto en el artículo 84 *bis* del Reglamento n.º 1408/71, la información que tiene el Estado receptor de los trabajadores desplazados debe poder invocarse en un procedimiento judicial para obtener del juez de ese Estado que no tenga en cuenta dichos certificados. El juez nacional puede entonces no tener en cuenta los mencionados certificados si comprueba la existencia de tal fraude,

y siempre que se respeten las garantías inherentes a un proceso equitativo que deben concederse a estas personas.

Por lo tanto, si bien los certificados son vinculantes, no son sagrados, ya que pueden invalidarse si existe una causa legítima para ello y concurre un caso de fraude. Como se verá más adelante, existen acuerdos de cooperación bilaterales que regulan aspectos relativos a cómo proceder en caso de desavenencias o discrepancias relativas a los certificados A1.

5. RECONOCIMIENTO Y ASISTENCIA MUTUOS EN LA NOTIFICACIÓN Y EJECUCIÓN DE SANCIONES TRANSFRONTERIZA

5.1. Antecedentes similares: Directiva 2010/24/UE del Consejo de 16 de marzo de 2010, sobre ejecución de créditos fiscales; Directiva 2011/82/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011

La Directiva 2014/67/UE es uno de los pocos instrumentos legislativos que regula el reconocimiento mutuo de sanciones. A su fecha de aprobación sólo existían otros dos instrumentos que permitían esta posibilidad: la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias y la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre ejecución de créditos fiscales.

En otros sectores normativos se había intentado llegar a una regulación similar, pero tales iniciativas no prosperaron. Por ejemplo, no tuvo la misma suerte el intento de regular la materia en el sector de sanciones de tráfico a través de la Directiva 2011/82/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, por la que se facilita el intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial, pero que finalmente fue anulada por el Tribunal de Justicia Europeo en el caso C-43/12, por no haber respetado la base legal del Tratado de la Unión Europea.

5.2. **Ámbito de aplicación (Directiva 2014/67/UE y RDL 9/2017)**

El RDL 9/2017 añade una nueva Disposición adicional séptima a la Ley 45/1999. Dicha disposición establece que *“la notificación y ejecución transfronteriza de las sanciones pecuniarias y multas administrativas impuestas a una empresa establecida en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que desplaza trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional a otro de tales Estados por el incumplimiento de las normas aplicables en materia de desplazamiento de trabajadores, estará sujeta a los principios de reconocimiento y asistencia mutuos y se realizará a través del Sistema de Información del Mercado Interior regulado en el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 (...)”*.

De esta disposición se extraen varias evidencias:

1. Se permite tanto la ejecución transfronteriza como la notificación de las sanciones.
2. Se trata de sanciones económicas o multas y no de otras medidas.
3. Las sanciones han de ser impuestas por incumplimientos de la normativa en materia de desplazamientos temporales.
4. Se aplican los principios de reconocimiento y asistencia mutuos.
5. Ambas, la notificación y la ejecución, se realizarán a través del sistema IMI (Internal Market Information System).

La Disposición continúa regulando diversos aspectos de la notificación y ejecución transfronteriza, en aplicación de la Directiva 2014/67/UE. En concreto y en relación con las autoridades competentes en España, establece que reglamentariamente se podrá determinar una *autoridad central*, la cual será responsable de la transmisión y recepción administrativa de las peticiones y de ayudar a las autoridades laborales competentes para la notificación y ejecución de las sanciones. Esta medida sin duda evitará la descoordinación entre las distintas autoridades competentes

en la imposición de la sanción y eficacia en la gestión del sistema IMI. Por otra parte, el ejemplo más claro de que ésta es la línea a seguir lo tenemos en la designación de autoridades centrales que se efectuó por los distintos Estados miembros para el cumplimiento de la Decisión Marco 2005/214/JAI.

La Disposición, por otra parte, establece que las autoridades competentes españolas que reciban una petición de notificación de una resolución o de otros documentos relacionados con la imposición de una sanción administrativa o una multa o una petición de cobro de las misma, transmitida a través del Sistema de Información del Mercado Interior de conformidad con lo previsto reglamentariamente, reconocerán la sanción administrativa y la petición de cobro sin más formalidad y tomarán inmediatamente todas las medidas necesarias para su notificación o cobro. Se subrayan las tres categorías de documentos que deben tramitarse y el cauce de petición:

- a) Notificación de una resolución sancionadora (no firme).
- b) Notificación de cualquier otro documento relacionado con el procedimiento sancionador.
- c) Petición de ejecución (cobro) de una resolución sancionadora (firme y no sujeta a recurso administrativo o judicial).
- d) Se incluyen en la petición de cobro las tasas y recargos que lleve la multa matriz.
- e) Tramitación de todas las peticiones a través del sistema IMI.

El número 4 de la Disposición Adicional detalla las sanciones que entran dentro del ámbito de aplicación de la norma, a saber:

- a) Sanciones que impongan las autoridades competentes españolas o confirmen los órganos administrativos o judiciales españoles (por infracciones tipificadas en el artículo 10 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto -infracciones a la normativa de desplazamientos temporales-).

- b) Sanciones que impongan las autoridades competentes o confirmen los órganos administrativos o jurisdiccionales de otro Estado miembro de la Unión Europea de conformidad con su normativa y procedimientos, relacionadas con el incumplimiento de las normas en materia de desplazamientos temporales de trabajadores (Directiva 96/71/CE y Directiva 2014/67/UE).

La norma finalmente señala que los importes cobrados en concepto de ejecución de las sanciones y multas administrativas se devengarán a favor de la autoridad competente española o del Estado miembro de la Unión Europea que haya llevado a cabo la ejecución de la sanción. Esta regulación, aparte de cumplir con lo establecido en la Directiva, tiene su justificación en que sirve de acicate para que las autoridades del Estado receptor tramiten la ejecución, ya que al menos ven compensado en términos económicos el trabajo que les supone tramitar estos expedientes, por lo general complejos.

Por último, el RDL 9/2017 también establece que la cooperación y asistencia administrativa podrá incluir el envío y notificación de documentos.

5.3. Motivos de denegación del mutuo reconocimiento

Los motivos de denegación de la petición procedente de otro Estado miembro, continúa la Disposición, son:

- a) Que la investigación efectuada por la autoridad competente demuestre claramente que los costes o recursos necesarios para el cobro de la sanción o multa son desproporcionados en relación con el importe que deba cobrarse o van a suponer dificultades desproporcionadas.
- b) Que el total de la sanción o multa sea inferior a 350 euros.
- c) Que la ejecución de la sanción implique una vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas de los sancionados o *violate normas de derecho necesario*.

El añadido “o viole normas de derecho necesario” no se recoge en la Directiva, por lo que no se intuye cuál es el motivo y la finalidad de este añadido en la versión española.

Es importante destacar que la citada Disposición exige que los trámites tendentes a reconocer una sanción o para notificar un acto o documento se siga el cauce del sistema IMI. En caso contrario, no sería de aplicación el sistema de mutuo reconocimiento previsto en la Directiva 2014/67/UE. Se puede decir más alto pero no más claro: no hay reconocimiento mutuo fuera del sistema IMI.

6. NATURALEZA DE LAS SANCIONES SUJETAS A EJECUCIÓN TRANSFRONTERIZA Y CONCURRENCIA DE PROCEDIMIENTOS. PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM* EN LA EJECUCIÓN TRANSFRONTERIZA DE SANCIONES

6.1. Diferencias con la Decisión Marco 2005/214/JIA y el Reglamento Bruselas I

Es muy conveniente diferenciar entre las sanciones a las que se refiere la Directiva 2014/67/UE y otras diferentes como las incluidas en la Decisión Marco 2005/2014/JAI, ya que puede producirse cierta confusión en cuanto a cuándo se aplica aquella Directiva y cuándo esta Decisión. A este respecto, el art. 13 2 de la Directiva 2014/67/UE señala que su Capítulo VI, el relativo a la ejecución transfronteriza de sanciones, no se aplica a la ejecución de sanciones que entran dentro del ámbito de aplicación de la Decisión Marco y del Reglamento Bruselas I (Reglamento 1215/2012). En el art. 13 de la Propuesta inicial de la Comisión sobre la Directiva no aparecía mención alguna a la Decisión Marco 2005/214/JAI. Fue en la fase del Consejo cuando se introdujo la una redacción que excluía de la aplicación de la Directiva aquellas infracciones penales o administrativas que pueden apelarse ante un juez penal.

La Decisión Marco 2005/2014/JAI estableció el reconocimiento mutuo de sanciones, y su ámbito de aplicación se extendía tanto a

las sanciones por infracciones penales como a las infracciones y sanciones administrativas, aunque en este último caso sólo aquellas que podían ser recurridas ante un Tribunal Penal o competente en materia penal. Es decir, en la Decisión se incluyen tanto las sanciones pecuniarias impuestas por órganos jurisdiccionales penales (incluyendo no sólo la multa sino la compensación a la víctima las costas judiciales o gastos administrativos) por la comisión de una infracción penal como también las resoluciones sancionadoras dictadas por órganos no jurisdiccionales pero que puedan recurrirse ante un órgano jurisdiccional con competencias en materia penal.

¿Qué tipo de infracciones quedan incluidas en la Decisión Marco? El ámbito de aplicación del artículo 5 de la Decisión comprende resoluciones sancionadoras de infracciones penales o administrativas de distintos tipos, desde las más graves, tales como delitos de terrorismo, trata de seres humanos, tráfico ilícito de drogas, hasta otras como ayuda a la entrada y estancia ilegales o infracciones de tráfico y de tiempos de conducción en transportes. Las infracciones cuya sanción pueden ser objeto de ejecución transfronteriza son en principio las relacionadas en un listado de “*numerus clausus*” que se recoge en la Decisión, en el cual no se encuentran las sanciones por infracciones de naturaleza laboral o social. Tampoco se incluyen las infracciones tributarias o de prevención de riesgos o Seguridad Social, ya sean penales o administrativas.

Aunque eventualmente sí se podrían incluir aquellas sanciones por infracciones de naturaleza laboral o social que, impuestas por una autoridad administrativa o judicial no penal, pueden recurrirse ante un órgano jurisdiccional con competencias en particular en materia penal. En efecto, la Decisión Marco prevé que el Estado de ejecución pueda supeditar el reconocimiento y la ejecución de una resolución a la condición de que ésta se refiera a conductas que constituirían infracción en virtud del derecho del Estado de ejecución, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la manera en que estén definidas. Es decir, aunque la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad presenten regulaciones o definiciones distintas en el Estado miembro que ejecuta

respecto a las del Estado peticionario, los hechos o conductas deben constituir delito o infracción en virtud del derecho nacional del Estado que ejecuta.

También se deja un espacio abierto para el reconocimiento de sanciones relativas a otras infracciones distintas a las del listado a través de varios cauces:

1. Otras “*infracciones establecidas por el Estado de emisión e incluidas en las obligaciones de aplicación que se derivan de los instrumentos adoptados en virtud del Tratado de la CE (TCE) o del título VI del Tratado de la UE (TUE)*” (art. 5. 1 al final). Como bien es sabido, muchas de las normas en materia laboral y de seguridad y salud laboral son consecuencia de Directivas y otros instrumentos de los Tratados.
2. El “*Consejo podrá decidir en todo momento, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo (...), añadir otras categorías de infracciones a las listas del apartado 1*” (art. 5.2).

Con estos mimbres, aparentemente el reconocimiento de las resoluciones sancionadoras penales o administrativas sujetas a recurso ante juez penal en materia laboral o de salud laboral podría quedar supeditado a la doble tipificación, es decir, que los hechos o conductas sean constitutivos de la infracción en ambos Estados, peticionario y receptor, situación muy distinta de las infracciones incluidas en el listado, en las que el reconocimiento mutuo opera en principio de forma automática. La Decisión se adaptó al Derecho interno español con la Ley 1/2008, que limitó el reconocimiento a las decisiones de naturaleza penal o administrativa recurribles ante juez penal. Igual criterio se ha seguido en la nueva Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (art. 173).

En conclusión:

1. Las infracciones en materia laboral, prevención de riesgos laborales, empleo, Seguridad Social, tributarias, etc. de naturaleza penal o calificables como delito

conforme al Derecho español podrían reconocerse sometiéndose al examen de doble tipificación.

2. Dichas infracciones, cuando no existe la intervención de un juez competente en materia penal (meramente administrativas, aun sujetas a la revisión judicial de la LJS), no podrían reconocerse de ninguna manera por la vía de la Decisión 2005/2024/JAI.

En este punto conviene hacer una reflexión sobre un aspecto inquietante. Sobre la base de lo señalado anteriormente y sobre qué se entiende por infracciones administrativas o penales, puede llegarse a la paradójica situación en la que España se vea obligada a reconocer -vía decisión Marco- las resoluciones sancionadoras contra empresas españolas procedentes de Estados como Francia, Reino Unido o Italia, pues son países cuyo sistema legal de sanciones no prevé sanciones administrativas por contravenciones en esta materia laboral, sino sólo sanciones penales o sanciones administrativas recurribles ante órganos judiciales penales. Pero muy al contrario, si una empresa inglesa, francesa o italiana cometiera una infracción en suelo español, al estar catalogada en España como infracción y sanción administrativa, ni tampoco ser recurrible ante un órgano judicial penal, la normativa de transposición española no sería aplicable ni, por tanto, cabría la transmisión de la resolución sancionadora a esos países para su reconocimiento por tratarse de infracciones y sanciones puramente administrativas. El reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias no sería, por tanto, recíproco.

Sólo en el marco de los desplazamientos temporales de trabajadores y gracias a su innovadora y más reciente normativa podría soslayarse tal falta de reciprocidad, porque entraría en juego la Directiva 2014/67/UE, conforme a la cual pueden ejecutarse transfronterizamente las sanciones por infracciones administrativas.

En cualquier caso, se ha de tener en cuenta lo siguiente:

1. Cuando se reciban este tipo de decisiones penales o cuasi-penales en España, aun

tratándose de infracciones del orden social, deberán tramitarse por la vía de la Decisión Marco 2005/214/JAI.

2. Cuando se reciban sanciones puramente administrativas, deberán tramitarse por el cauce de la Directiva 2014/67/UE.

Y de manera inversa:

1. Cuando se envíen desde España sanciones puramente administrativas a otro Estado miembro, aunque hayan sido revisadas por los órganos jurisdiccionales del orden social, se tramitarán por la vía de la Directiva, aunque en el Estado miembro de destino hubieran sido consideradas como infracciones penales;
2. Y cuando se envíen resoluciones judiciales penales en materia social dictadas por un órgano jurisdiccional español competente en materia penal a otro Estado miembro, se utilizará la Decisión Marco 2005/214/JAI.

Y por último, cuando entre dos Estados miembros de la Unión Europea las sanciones que se envíen, aun siendo las incluidas en la Directiva, sean de naturaleza penal o cuasi-penal, tampoco podrá utilizarse el cauce de la Directiva, sino el de la Decisión Marco.

6.2. El principio “*non bis in idem*” como causa de denegación de la ejecución transfronteriza

El reconocimiento de sanciones entre dos Estados miembros no es una cuestión baladí, sino que afecta a cuestiones de soberanía estatal, como es el ejercicio de la potestad sancionadora. Cualquier regulación sobre esta materia debe prever una relación de supuestos de exclusión que, de no tenerse en cuenta, afectarían a dicha soberanía.

El art. 17 de la Directiva 2014/67/UE prevé varias causas de denegación del reconocimiento y ejecución de una sanción administrativa procedente de otro Estado miembro. Estas causas (costes desproporcionados, cuantía mínima de la sanción y derechos fundamentales) han sido incluidas en el RDL 9/2017 y han sido referidas anteriormente.

Como puede observarse, el principio “*non bis in idem*” no se recoge, al menos explícitamente, en ninguna de las causas del precepto analizado. Pero ello no ha de llevar a la conclusión de que no está ahí. La última de las causas de denegación referidas es la relativa a la vulneración de los derechos y libertades fundamentales de los demandados y de los principios jurídicos que les son aplicables con arreglo a la Constitución del Estado miembro receptor de la petición. En efecto, esta última causa de denegación es un cajón de sastre donde puede quedar incluida la regla “*non bis in idem*”. En todos los Estados miembros el derecho a no ser juzgado y/o sancionado dos veces por los mismos hechos constituye un derecho fundamental de acuerdo con los valores constitucionales generalmente aceptados en la Unión, por lo que ha de entenderse que tal prohibición está recogida en el citado apartado. Para mayor seguridad, la inclusión del citado principio fue propuesto por alguna delegación durante la discusión del texto de la Directiva en el Consejo, y aunque no se recogió finalmente de manera expresa, quedó más tarde incluida en la causa de denegación más amplia y general que era la “vulneración de los derechos y libertades fundamentales” de los demandados.

En nuestra ley de transposición de la Directiva 2014/67/UE (Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo), la cuestión ha sido recogida en la modificación de ley 45/1999, a la que se añade una nueva disposición adicional séptima, en cuyo apartado 2 c) se incluye como causa de denegación de una petición de cobro de sanción que “*la ejecución de la sanción implique una vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas de los sancionados o viole normas de derecho necesario*”.

Por cierto, esta expresión “*o viole normas de derecho necesario*” no se encuentra recogida en ninguna parte del texto de la Directiva. Esta posibilidad de incluir las “*normas de derecho necesario*”, expresión mucho más amplia, tampoco apareció en ningún momento en la fase de desarrollo de la Directiva en el Consejo y seguramente tampoco en el Parlamento. Por lo cual, resulta muy difícil comprender en primer lugar a qué normas se refiere, si a todas en general o a normas procesales administrativas de derecho necesario en particular; y en segundo lugar, de qué parte del

texto de la Directiva se habría podido derivar la interpretación de que había que transponer la norma europea incluyendo esta alusión a normas de derecho necesario. Aparentemente y en principio, esta causa de denegación podría ser objeto de revisión por las instancias de la Comisión Europea.

Las propuestas que en la discusión de la Directiva 2014/67/UE defendieron que se mencionara expresamente, como causa de denegación de la ejecución transfronteriza de una sanción, el caso de una persona que ya hubiera sido sancionada por los mismos hechos, seguramente se inspiraron en el art. 7.2 de la Decisión Marco 2005/214/JAI, que establece “*la autoridad competente del Estado de ejecución podrá también denegar el reconocimiento y la ejecución de la resolución si se demuestra que se ha dictado una resolución contra la misma persona respecto de los mismos hechos en el Estado de ejecución o en un Estado distinto del de emisión y del de ejecución*”, y, en este último caso, que dicha resolución haya sido ejecutada. Esta es la razón de que se incluyera en la Directiva 2014/67/UE la provisión del mencionado art. 13. 2 (exclusión de las sanciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Decisión Marco 2005/214/JAI) ya que hay Estados miembros en los que la sanción impuesta a una empresa por la comisión de una infracción laboral en materia de cumplimiento de la normativa sobre desplazamientos temporales de trabajadores puede recurrirse ante órganos jurisdiccionales competentes en materia penal (v.gr. Alemania).

7. COOPERACIÓN EN MATERIA DE DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES. ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE MERCADO INTERIOR (IMI - INTERNAL MARKET INFORMATION SYSTEM-)

7.1. Ámbito de aplicación y planteamiento legal

La reciente Directiva 2018/957/UE, de 28 de junio de 2018, introduce una modificación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabaja-

dores efectuado en el marco de una prestación de servicios, estableciendo que la cooperación entre las autoridades u organismos competentes de los Estados miembros consistirá, en particular, en responder a las peticiones de información motivadas, cursadas por dichas autoridades u organismos relativas al desplazamiento transnacional de trabajadores, y en abordar los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades presuntamente ilegales, como los casos transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio relacionados con el desplazamiento de trabajadores. Esta petición de información la extiende a otras autoridades para el caso en que las autoridades a las que se ha dirigido la petición no tengan la información solicitada. Y en caso de demora en el suministro de información, se informa a la Comisión.

La Directiva no señala qué hace la Comisión en caso de demora, pero lo realmente novedoso es la extensión del ámbito material de cooperación no sólo a los supuestos de trabajadores desplazados temporalmente, sino de forma específica a los casos abuso manifiesto, actividad ilegal, trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio. El servicio de traducción al español de la Comisión aparentemente confundió el trabajo autónomo ficticio (trabajador que falsifica su situación como autónomo para, por ejemplo, percibir una prestación, pero que en realidad no trabaja) con el trabajo autónomo falso (trabajador que trabaja por cuenta de una empresa que lo mantiene en el régimen de autónomos para ahorrarse la Seguridad Social del Régimen General). En este punto entendamos que la Directiva se refiere sobre todo al falso trabajador autónomo y no tanto al trabajador ficticio (el texto original en inglés se incluye la expresión *bogus self-employment*). Se da por hecho que tales situaciones deben producirse en el marco de un desplazamiento temporal de trabajadores y una prestación transnacional de servicios.

Aparte de la recién modificada Directiva 96/71/CE, también la Directiva 2014/67/UE (artículos 6, 7 y 8) constituye la base legal para la cooperación y el intercambio de información entre Estados miembros, estableciendo, entre otras, las siguientes medidas de cooperación entre Estados:

- Respuesta a peticiones motivadas.
- Envío y notificación de documentos.
- Informe a la Comisión para que ésta adopte medidas en caso de problemas persistentes con el intercambio de información o de un rechazo permanente a facilitar información por un Estado.
- Plazos de contestación de las peticiones.
- Consulta de registros compartida en determinados casos.
- Ayuda entre Estados para garantizar el cumplimiento de la normativa.
- Intercambio de información acerca de la legalidad del establecimiento del prestador de servicios y de su buena conducta, así como de la ausencia de infracciones de las normas aplicables.
- Comprobaciones y controles a realizar por el Estado miembro de acogida a petición del Estado de origen.
- Intercambio entre los funcionarios encargados.
- Apoyo financiero para seguir mejorando la cooperación administrativa.

7.2. Nacimiento del sistema IMI y el módulo específico para trabajadores desplazados temporalmente

La gran novedad de la Directiva 2014/67/UE es que toda o gran parte de esta cooperación se articula a través del sistema IMI. El sistema IMI comenzó aplicándose para la Directiva de reconocimiento de Cualificaciones Profesionales (Directiva 2005/36/EC, modificada por la Directiva 2013/55/EU) y para la Directiva Servicios (Directiva 2006/123/EC y Decisión 2009/739/EC).

Hoy, el sistema IMI también se aplica al ámbito laboral, en concreto al área de desplazamientos temporales de trabajadores regulados por las Directivas 96/71/CE y 2014/67/UE. En esta última norma el sistema IMI tie-

ne especial importancia, ya que gran parte de las herramientas de cooperación previstas en la misma se articulan a través del mismo. En efecto, el artículo 21 del texto establece que la cooperación administrativa y la asistencia mutua previstas en la Directiva se tramitarán a través del sistema IMI.

El sistema IMI nació con la Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 2007 (2008/49/EC). En el área de la Directiva 96/71/CE, las Conclusiones del Consejo adoptadas el 7 de marzo de 2011, sobre intercambio de información en IMI para la citada directiva, permitieron el lanzamiento de una fase piloto cuyos objetivos eran usar el sistema IMI para la Directiva 96/71/CE, comprobar cómo funcionaría tal intercambio de información en esta área, evaluarlo (catálogo de preguntas, sistemas de opciones desplegables, etc.), ayudar a los Estados miembros a registrar y formar progresivamente a las autoridades competentes, así como a familiarizar a los funcionarios y autoridades con el sistema y con las obligaciones legales del sistema. La experiencia piloto se desarrolló en varias fases: a) registro de autoridades; b) prueba del sistema; c) y prueba de preguntas para el módulo específico. Todo ello permitió a la Comisión y a las autoridades de los Estados miembros testar el funcionamiento del intercambio de información y construir un buen sistema IT en base a la experiencia adquirida.

El nuevo módulo específico para desplazamiento temporal de trabajadores dentro del sistema IMI (cf. art. 11 del Reglamento 1024/2012) se ensayó satisfactoriamente¹⁴ y durante su desarrollo se elaboró un manual formativo. De forma coetánea llegó la opinión del Supervisor Europeo de Protección de Datos¹⁵, en la que se ponía de manifiesto la debilidad legislativa de la Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 2007 (que creaba el sistema IMI), en relación con el cumplimiento de los requisitos de jerarquía legislativa y la protección de datos personales. La Dirección General de Mercado Interior, por lo tanto, no

perdió el tiempo y preparó una nueva norma de mayor rango legal para así garantizar la protección de derechos fundamentales de los interesados y la protección de sus datos personales. En 2012 se aprobó el Reglamento (UE) 1024/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se derogaba la Decisión 2008/49/CE de la Comisión («Reglamento IMI»). Se garantizaba así la necesaria base legal para el intercambio de datos personales. En el ámbito laboral, la Directiva 2014/67/UE extendió la aplicación del citado Reglamento de IMI al área de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Finalmente, la Directiva modificó el citado Reglamento e incluyó en el Anexo del Reglamento ambas Directivas: la 96/71/EC y la 2014/67/UE.

7.3. Funcionamiento del sistema IMI

7.3.1. Módulos del sistema IMI para el área de desplazamiento de trabajadores

Hoy, el módulo IMI para la Directiva 96/71/CE funciona con normalidad e incluye, además del módulo general, un nuevo sub-módulo específico para el reconocimiento y asistencia mutua en materia de sanciones, y para el envío y notificación de documentos¹⁶. Se puede decir que el uso del sistema IMI está permitiendo un intercambio de información fluido, rápido e integral, muy lejos del canje de notas sin base legal efectiva que se hacía anteriormente. Ahora, las inspecciones de Trabajo cuentan con un potente sistema electrónico de intercambio de datos de trabajadores y empresas, y que además cuenta con la protección de una norma de rango legal en relación con la protección de datos personales. El sistema IMI, sin duda, ha prevalecido sobre otro sistema que se utilizaba en las inspecciones de Trabajo europeas: el KSS con base en Bélgica.

El sistema multifuncional IMI para desplazamiento temporal de trabajadores permite:

¹⁴ En relación con la fase piloto, ver: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/lisa/119621.pdf

¹⁵ DO 25-10-2008; C-270.

¹⁶ Ver en http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/library/question_sets_forms/index_en.htm.

- Enviar preguntas y respuestas entre Estados;
- Realizar respuestas rápidas (conforme a los plazos regulados en la Directiva 2014/67/UE);
- Enviar documentos;
- Realizar consultas legales y de expedientes;
- Realizar inspecciones para contestar a las preguntas;
- Intercambiar información a nivel central o federal, o a nivel centralizado y descentralizado o regional;
- Intercambiar información sobre la naturaleza del desplazamiento, la duración, las condiciones de trabajo, la empresa y los trabajadores, autenticidad y validez de documentos, registro de compañías, domicilio, permisos de trabajo, formación, autorizaciones de empresas de trabajo temporal, Seguridad Social, contratos de trabajo, datos de oficinas, plantilla, facturación, impuestos, etc.

La Comisión ofrece en su página web¹⁷ algunas estadísticas relacionadas con el funcionamiento del sistema IMI en el año 2017. En este periodo se enviaron por los Estados miembros un total de 3.178 preguntas en el área de desplazamiento temporal de trabajadores, siendo los países que más solicitudes enviaron Austria (1.154) y Bélgica (710). A continuación, se reproducen los gráficos adaptados a los elaborados por la Comisión Europea que incluyen estadísticas sobre la utilización del sistema.

Mientras que arriba se refleja el número de preguntas enviadas, abajo se representan las cifras sobre el número de solicitudes recibidas, cuyo total es obviamente el mismo. Los países con mayor número de solicitudes recibidas fueron Estonia (498), Polonia (409), Portugal (427) y Rumanía (336).

El módulo general IMI en el área de desplazamiento temporal de trabajadores se compone de las siguientes secciones:

1. Sección solicitudes de información – Lista de preguntas:

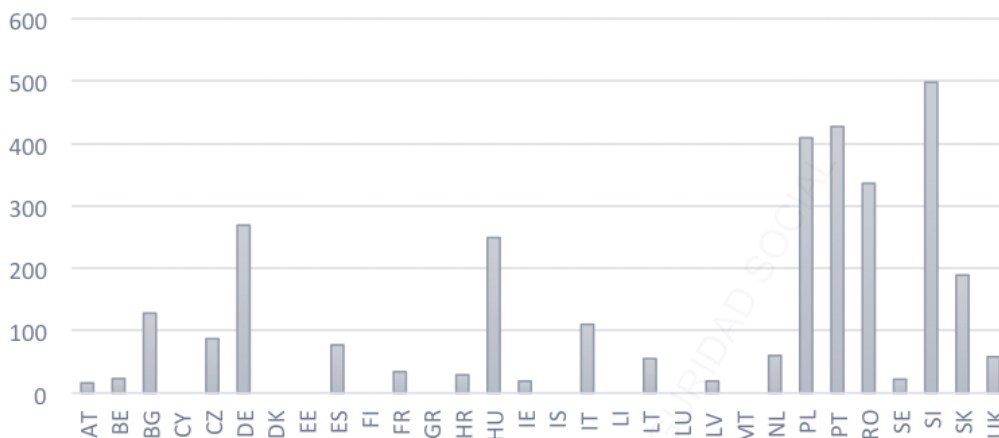
IMI, DESPLAZAMIENTOS DE TRABAJADORES 2017, PREGUNTAS ENVIADAS



Fuente: Elaboración propia sobre gráfico general elaborado por la Comisión Europea.

¹⁷ http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/statistics/index_es.htm#maincontentSec2

IMI, DESPLAZAMIENTOS DE TRABAJADORES 2017, PREGUNTAS ENVIADAS



Fuente: Elaboración propia sobre gráfico general elaborado por la Comisión Europea

- Sobre un desplazamiento.
- Sobre salud y seguridad.
- Sobre condiciones de trabajo.
- Solicitud urgente sobre establecimiento.

2. Solicitudes de información – Modelos de intercambios:

- Sobre un desplazamiento.
- Sobre salud y seguridad.
- Sobre condiciones de trabajo.
- Solicitud urgente sobre establecimiento.

3. Solicitud de envío de documentos:

- Modelo de solicitud de envío de documentos.
- Lista de posibles respuestas.

En el módulo se incluye un canal de respuesta rápida y urgente (artículo 6 de la Directiva 2014/67/UE: 2 días laborables) para asuntos que sólo requieren consulta en registros, tales como si el prestador de servicios

está legalmente establecido, registrado o lleva a cabo su actividad empresarial fundamental en un Estado miembro, si abona con regularidad las cotizaciones a la Seguridad Social, etc.)

Hay, además, dos sub-módulos, uno para solicitudes de notificación de una decisión que impone una sanción o una multa, y otro para solicitudes de cobro de una sanción o multa (Instrumento Uniforme). El primero incluye:

- Un modelo de solicitud de notificación.
- Una lista de posibles respuestas.
- Un modelo de instrumento uniforme.

El sub-módulo solicitud de cobro de una sanción o multa (Instrumento Uniforme) incluye:

- Un modelo de solicitud de cobro.
- Una lista de posibles respuestas
- Un modelo de instrumento uniforme

Finalmente se ha incluido un sub-módulo de comunicación de irregularidades:

7.3.2. Especial referencia a los sub-módulos de envío de documentos y de solicitud de cobro de una sanción

En el sub-módulo de envío de documentos se incluyen apartados para referir la forma y avatares de la notificación:

- Notificación por correo certificado u ordinario.
- Entrega a un representante en persona.
- Notificación fallida (no localización del proveedor de servicios, el proveedor de servicios no está establecido en ese Estado miembro, el proveedor de servicios ya no existe).
- Notificación imposible (la solicitud no se corresponde con la decisión objeto de la solicitud, otro motivo abierto).

La notificación de documentos puede incluir tanto la decisión sancionadora como cualquier otro documento pertinente (por ejemplo, no solo la resolución o sentencia sancionadora, sino también un acta de infracción).

La información sobre la notificación debe incluir otros aspectos como, por ejemplo, si la notificación del documento ha sido recurrida por el prestador de servicios, si éste tiene abiertos procedimientos de insolvencia y la notificación se hace a otra persona o empresa, el nombre de la institución competente en la notificación, persona de contacto.

En el sub-módulo de solicitudes de cobro de sanción se han introducido posibilidades de respuesta y/o de no cobro por distintas razones a las incluidas en la Directiva 2014/67/UE, aunque reflejan situaciones que ya fueron puestas de manifiesto en el grupo de trabajo (TREND) que se creó en la Comisión para establecer pautas de cara a la transposición de la Directiva en los distintos Estados miembros. Estas situaciones, a pesar de no estar incluidas en la Directiva, pueden darse en la práctica, por lo que deben considerarse se quiera o no. Así, se incluyen las siguientes posibilidades:

- Cobro total de la sanción.
- Cobro parcial de la sanción (motivo de cobro parcial).
- Establecimiento de un plan de pagos de la sanción con el proveedor de servicios (cobro aplazado).
- Imposibilidad de cobrar la sanción por los siguientes motivos:
 - Se ha realizado una investigación y no se han encontrado bienes embargables.
 - Se ha impugnado nuestra medida de ejecución.
 - Debido a la duración del procedimiento, se sugiere el cierre de la solicitud y nuevo envío posterior.
 - Ha vencido (caducidad/prescripción) el periodo de ejecución.
 - La persona física (p. ej. un operador registrado) no tiene medios de pago.
 - No se ha podido localizar al proveedor de servicios.
 - El proveedor de servicios no está establecido en el Estado miembro requerido.
 - El proveedor de servicios tiene abiertos procedimientos de insolvencia, por lo que la solicitud de cobro se ha remitido a otra institución.
 - El proveedor de servicios ya no existe.

Este sub-módulo también incluye el no cobro por las razones incluidas en la propia Directiva¹⁸.

¹⁸ En concreto: no se respetan los derechos y libertades fundamentales de los acusados ni los principios jurídicos que se les aplican, como estipula la Constitución del Estado miembro requerido; los costes o recursos previstos para cobrar la sanción o multa son desproporcionados en relación con el importe que se cobrará; la sanción financiera o multa total es inferior a 350 euros o importe equivalente; la solicitud no corresponde con la decisión o la solicitud no está en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/67/UE.

En la respuesta a una solicitud de cobro de sanción, el Estado miembro requerido debe, asimismo, cumplir con algunas obligaciones de información, como si la sanción o multa se ha impuesto finalmente conforme a su legislación, normativa y prácticas del Estado requerido, si la sanción o multa, así como la reclamación correspondiente a la decisión, se han impugnado o no, si no se puede cobrar la sanción o multa al proveedor de servicios conforme a su legislación normativa y prácticas administrativas (y los motivos) o si la Decisión marco 2005/214/JAI es o no aplicable a la sanción o multa. Asimismo, puede incluir el Estado requerido información sobre la fecha de notificación al interesado, fecha de audiencia, fecha de recurso (en su caso), y fecha límite del cobro y sobre la reclamación subyacente (v.gr. salarios pendientes).

7.4. Las reclamaciones subyacentes

En relación con este aspecto relativo a la reclamación subyacente -distinta a la sanción- se han dado dos interpretaciones: la primera estimaba que este término sólo podía referirse a los intereses y recargos de la sanción objeto de ejecución (al modo de la Directiva 2010/24/UE, de cobro de sanciones en materia fiscal), mientras que la segunda apuntaba a que se trataba de reclamaciones relacionadas con la sanción pero de carácter laboral (salarios, dietas, etc.). En la explicación de la propuesta de la Directiva ya se exponía que *“las reclamaciones subyacentes relativas a los términos y condiciones del empleo que deben cumplirse son fundamentalmente de naturaleza civil”*, por lo que ya el legislador inicial -la Comisión- entendía que tal expresión se refería a términos y condiciones del empleo o relación laboral y no a conceptos anejos a la deuda principal (recargos, intereses de demora, etc.). Como es lógico, finalmente se ha incluido esta última opción de las reclamaciones subyacentes en el sub-módulo, interpretación más acorde con el texto de la Directiva, que se refiere a este tipo de reclamaciones y las concreta. En efecto, las reclamaciones subyacentes referidas en la Directiva son precisamente las que vienen recogidas en el art. 11.6 de la misma¹⁹ y la inclusión

en el instrumento uniforme de la información relativa a estas reclamaciones está prevista en el art.16.1 c) de la Directiva 2014/67.

Respecto a esta reclamación subyacente, pueden darse casos en los que la resolución sancionadora puede ir acompañada o en paralelo a una reclamación subyacente, y la fuerza ejecutiva de la resolución administrativa o judicial debe extenderse a dicha reclamación. En este punto la Directiva 2014/67/UE introduce un elemento completamente nuevo. Este tipo de reclamaciones se producen ante situaciones en las que, además de una multa, están en juego otros derechos de los trabajadores, por ejemplo, derechos salariales pendientes, de reembolsos de gastos de desplazamiento, descuentos indebidos, vacaciones, etc. La pregunta entonces se hace inevitable: ¿hasta qué punto puede haber una colisión entre la Directiva y el Reglamento Bruselas I?

En la fase de negociación de la Directiva no se discutió este tema prácticamente, al contrario de lo que ocurrió con el Reglamento Roma I, que fue objeto de muchas controversias. Sin embargo, puede efectivamente existir una colisión entre ambas normas, ya que el reglamento Bruselas I (arts. 36 y ss.) prevé el reconocimiento y ejecución de cualquier auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución dictado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en otro Estado miembro.

¿Cómo, pues, interpretar este punto de la Directiva 2014/67/UE? La manera más lógica, y mientras no exista mejor criterio, es acudir al art. 67 del Reglamento Bruselas I, que establece que *“el presente Reglamento no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regularen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones contenidas en los actos comunitarios o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos”*.

relación con la remuneración neta o con la calidad del alojamiento, retenidos o deducidos del salario por alojamiento que proporcionó el proveedor de servicios, atrasos o reembolso de impuestos o contribuciones a la Seguridad Social retenidos indebidamente de los salarios de los trabajadores,

¹⁹ En concreto: remuneración neta pendiente correspondiente al salario mínimo, reembolso de costes excesivos en

De acuerdo con lo anterior, en virtud del principio *lex generalis derogat legi speciali* se aplicaría la Directiva para los supuestos que en ella se regulan respecto a las reclamaciones subyacentes que deriven del art. 3 de la Directiva 96/71, y para cualquier otra reclamación se aplicaría Bruselas I.

7.5. Especial referencia al sub-módulo comunicación de irregularidades

El último sub-módulo, comunicación de irregularidades, es el más novedoso y recoge la posibilidad de intercambio de información entre los Estados miembros sobre la comisión de irregularidades por un prestador de servicios, permitiendo que este intercambio de información permanezca abierto durante un máximo de tres meses (plazo general que se aplica derivado de las exigencias del Reglamento IMI). El tipo de irregularidades que puede comunicarse es muy variado, desde temas laborales (incumplimiento de las condiciones de trabajo y empleo, jornada, descansos, vacaciones, salud y seguridad, trabajadores vulnerables, etc.), aspectos administrativos (incumplimiento de los requisitos administrativos, no comunicación del desplazamiento, no entrega de documentos, no traducción de documentos, no designación de persona de contacto, etc.), relativos al desplazamiento (no es de carácter temporal), relativos a trabajo no declarado o residencia legal del trabajador (de terceros países, por ejemplo) relativo a los formularios A1 (han sido retirados), falta de establecimiento legal o de desarrollo de actividades significativas del prestador de servicios en un Estado miembro), incumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social).

8. EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA IMI EN ESPAÑA: PRINCIPALES DATOS Y CONCLUSIONES

En España contamos ya con algunas estadísticas sobre el funcionamiento del sistema, en concreto sobre las solicitudes recibidas y enviadas desde el año 2015 hasta el 1 de julio de 2018.

Se puede observar (ver tabla inferior) que la progresión de solicitudes es ascendente y cada vez son más los Estados que las envían y no sólo Francia y Bélgica, abrumadoramente mayoritarias en los envíos.

Las solicitudes enviadas desde España a otros Estados han sido por el momento moderadas en número, y, según fuentes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la cooperación recibida hasta el momento no ha sido todo lo satisfactoria que se hubiera deseado. En concreto, se han detectado las siguientes deficiencias:

- demoras exorbitadas en la contestación;
- contestaciones en las que no se pone de manifiesto una voluntad real de la autoridad del Estado consultado para efectuar las comprobaciones necesarias;
- solicitudes no contestadas alegando dificultad para cooperar debido a la legislación nacional;
- contestaciones contradictorias o poco rigurosas.

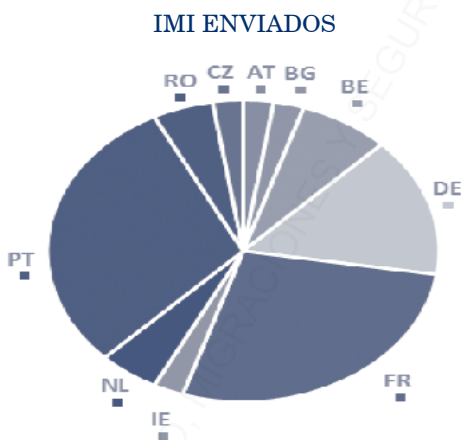
En este sentido, la puesta en marcha de la propuesta para crear una Autoridad Laboral Europea (*vide infra*), debería propiciar un

IMI SOLICITUDES ENVIADAS POR ESPAÑA													
	AT	BG	BE	DE	FI	FR	IE	IT	NL	PT	RO	CZ	TOTAL
2015	1					1			2	1	1		6
2016		1		2		5	1			8			17
2017			3	3		3				2	1	1	13
2018*				1	1	5		1		1	1		10
Total	1	1	3	6		14	1		2	12	3	1	44

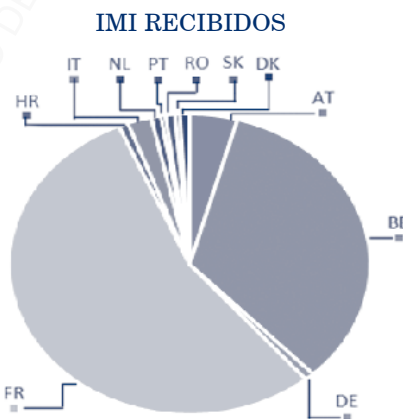
Fuente: Elaboración Organismo Autónomo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

IMI SOLICITUDES RECIBIDAS POR ESPAÑA													
	AT	BG	BE	DE	FI	FR	IE	IT	NL	PT	RO	CZ	TOTAL
2015	5	22				50			1	1	1	1	81
2016	1	25				30		1					57
2017	3	26		2	1	37		4					73
2018*	2	14	1		3	27	4		2		4		23
Total	11	87	1	2	4	144	4	5	3	1	5	1	268

Fuente: Elaboración Organismo Autónomo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.



Fuente: Elaboración Organismo Autónomo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.



Fuente: Elaboración Organismo Autónomo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

avance importante para favorecer la cooperación efectiva entre las autoridades de los Estados. Las tablas y gráficos reflejan una serie de datos facilitados por el Organismo Autónomo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

9. ECONOMÍA COLABORATIVA Y COOPERACIÓN EUROPEA

9.1. Especial referencia a las sociedades de la información: dimensión transnacional y régimen jurídico general. Ley laboral aplicable y cuestiones de competencia judicial y administrativa

Las sociedades de la información, la economía colaborativa y el “crowdsourcing” están emergiendo con fuerza en los últimos años. El surgimiento y desarrollo de esta nueva economía se ha denominado “globalización digital”²⁰. Aparte de otras disciplinas (fiscal, mercantil, etc.), también esta nueva economía tiene un impacto en el mundo de las relaciones laborales.

Algunas incógnitas sobre qué es y no es una sociedad de la información se han ido despejando. Por ejemplo, el TEJ ya ha declarado que la legislación nacional de transportes es aplicable a la empresa Uber y que ésta no es una sociedad de la información (caso *Élite Taxi* C-434/15). Pero con independencia del tipo de empresa ante la cual estemos, hay muchos trabajadores que prestan servicios por cuenta de plataformas electrónicas, sean o no sean sociedades de la información.

En primer lugar, para determinar qué legislación se aplica a estas plataformas, debemos diferenciar si las mismas están radicadas en territorio de la Unión Europea o no. Si tienen su domicilio en territorio de la Unión, se rigen por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de

comercio electrónico (de transposición de la Directiva 2000/31/CE, Comercio Electrónico). La ley se aplica a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos. El prestador de servicios está establecido en España cuando tiene su residencia o domicilio social en territorio español, y siempre que éste coincida con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios (en otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección). Para los prestadores de servicios residentes o domiciliados en otro Estado miembro la ley española se aplica a los servicios de la sociedad de la información que los ofrezcan a través de un establecimiento permanente en España. Una plataforma tiene establecimiento permanente en territorio español cuando dispone en el mismo, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad. Por último, se presume que el prestador de servicios está establecido en España cuando el prestador o alguna de sus sucursales se haya inscrito en el Registro Mercantil o en otro registro público español en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica. En cambio, la mera utilización de medios tecnológicos, situados en España para la prestación o el acceso al servicio, no servirá como criterio para determinar, por sí solo, el establecimiento en España del prestador.

La ley establece (artículo 3) que a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo (sin establecimiento o instalaciones en España) se les aplica la ley de dicho Estado, excepto cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten a algunas materias específicas (propiedad intelectual o industrial, publicidad de IICs, seguros, contratos consumidores, elección por las partes contratantes o comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico), en cuyo caso se les aplica la ley española. Por último, la ley española se aplica también (art.4) a los prestadores establecidos en un tercer Estado (no perteneciente a la UE o EEE) y que dirijan sus servicios específicamente al territorio español siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables.

²⁰ Antonio OJEDA AVILÉS; “Transnacionalidad, globalización e internacionalización. Tres enfoques distintos pero complementarios”; Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla; Trabajo y Derecho 43-44/2018 (julio-agosto).

Respecto a la ley laboral y la competencia de inspección aplicable a los empleados de esa plataforma habrá que tener en cuenta si se trata de una plataforma con domicilio en la Unión Europea, en cuyo caso el tratamiento jurídico será el mismo que el señalado para, por ejemplo, las compañías aéreas: es decir, se tendrá en cuenta el eje triangular formado por el Reglamento Roma I, el Reglamento Bruselas I y el Reglamento 883/2004. Mientras que si se trata de una plataforma de un país tercero, nos encontraremos con el eje de las normas de conflicto establecidas en el artículo 25 de la LOPJ (materias de competencia) y los artículos 28, 10.5 y 8 del Código Civil, que serán las normas de conflicto en materia de legislación laboral aplicable.

Dentro del art. 10.5 Código Civil y los criterios de aplicación de la ley a las obligaciones contractuales (la ley elegida por las partes, la ley nacional común a las partes, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato), resulta imprescindible referirse al criterio correspondiente a la ley del lugar de celebración del contrato, dadas las características especiales de las sociedades de la información. El problema se plantea en relación con los trabajos realizados por cuenta de plataformas o lo que se ha venido en llamar “*crowdwork*”.

Pero profundicemos algo más, la pregunta concreta es: ¿a los trabajadores españoles online de las plataformas qué ley se les aplica? Si la plataforma tiene sede en un país miembro de la Unión Europea, se tomarán como referencia el Reglamento Roma I. Sería de aplicación esta norma y se tomaría la ley elegida por ambas partes, si este fuera el caso, pero con la cautela del propio Reglamento de que esa ley elegida por las partes no puede privar al trabajador de las condiciones de trabajo establecidas por normas imperativas (v.gr. jornada máxima, salario mínimo, etc. establecidos en el estatuto de los Trabajadores) del Estado de prestación de servicios. En caso de que no se haya elegido una ley en la firma del contrato, sería de aplicación la ley del Estado en el que el trabajador presta sus servicios habitualmente, es decir la ley española (apartado 2 del artículo 8 del Reglamento Roma I). Y, por último, respecto a la aplicación de la ley de Seguridad Social, sería aplicable la española, ya que el trabajador

presta servicios habitualmente en España, lo que exigirá que la plataforma se inscriba como empresa en la Seguridad Social española.

¿Pero qué ocurrirá si la empresa tiene su sede, por ejemplo, en Estados Unidos? Sólo podría considerarse la ley elegida por las partes o la ley del país en el que se ha firmado el contrato, ya que normalmente no podrían aplicarse los criterios de nacionalidad o residencia común. En caso de no haberse elegido una ley aplicable o la elegida no tenga conexión con el contrato (art. 10.5 Código Civil, protección contra la llamada cláusula Delaware), sería de aplicación la ley del lugar donde se ha celebrado el contrato de trabajo. A este respecto conviene en primer lugar determinar dónde se firma el contrato, y a este respecto habrá que preguntarse si se firma en el lugar en el que se produce la conexión a internet, teniendo en cuenta, además, que en la firma online de un contrato de trabajo no vale un simple *click* ni un escaneado, sino que la firma tiene que realizarse de modo que ninguna otra persona pueda hacerlo (Ley 59/2003, de 19 de diciembre, que regula la firma electrónica). En efecto, así se ha establecido por la Dirección General de Empleo pronunciándose sobre la validez legal de la contratación online en Consulta de 20 de febrero de 2017. En dicha consulta se exige que tal firma sea una firma electrónica avanzada y basada en un certificado reconocido y creada por un “dispositivo seguro de creación de firma”, en cuyo caso tendrá los mismos efectos que la firma manuscrita tradicional.

Y en cuanto a qué tribunales serían competentes, y por ende qué autoridades administrativas, para entender de los litigios y/o reclamaciones de los trabajadores on-line, el artículo 25 de la LOPJ es claro al respecto: si los servicios son prestados en España serían competentes los tribunales y autoridades españolas. Con ese criterio bastaría, ya que los otros criterios que recoge la ley son más complejos. Por ejemplo, el del lugar en el que se celebra un contrato de trabajo en plataformas *crowdwork* plantea no pocas dificultades, ya que el contrato se firma a distancia por ambas partes, aunque podría tomarse como el lugar en el que se produce la conexión a internet, como se ha señalado anteriormente. Tampoco sería de aplicación el criterio del domicilio del demandado (empresa) en España, porque estas plataformas suelen

tener domicilio en el extranjero, ni tampoco podría tenerse en cuenta el criterio de que tanto el trabajador como el empresario tengan la nacionalidad española, ya que la nacionalidad del empresario puede ser extranjera, salvo que tenga una sucursal o centro de negocios en España. En conclusión, conforme a la aplicación en paralelo del primer criterio del artículo 25 de la LOPJ (*lex loci laboris*), la Inspección de Trabajo en España sería competente para iniciar el procedimiento de inspección y/o sancionador correspondiente a las condiciones de trabajo y relación laboral del trabajador on-line siempre que este trabajador trabajase y residiese en España. Cuestión diferente será poder notificar los actos o ejecutar los actos de inspección en una empresa sin domicilio o centro de actividad en España. Habría que acudir a Convenios internacionales con toda la complejidad y dificultades que ello conlleva, convenios que también habrían de tenerse en cuenta para la determinación de la ley de Seguridad Social.

En el marco de la Unión Europea la cuestión es completamente distinta y enormemente más sencilla. En primer lugar, existe un marco jurídico claro. Por una parte, conforme al Reglamento Bruselas I serían competentes los tribunales y/o autoridades del Estado miembro en el que tuviera su domicilio la plataforma (cualquier Estado de la Unión), aunque si el trabajador demanda al empresario en aquel Estado miembro donde presta sus servicios (España), serían competentes los tribunales y autoridades de este Estado miembro (art. 21 del Reglamento Bruselas I).

9.2. El módulo piloto IMI para la Directiva e-Comercio

Este módulo en IMI para la Directiva de Comercio electrónico, que sirve para intercambiar información sobre sociedades de la información que proveen servicios a un Estado miembro desde otro Estado miembro, está en fase piloto en la fecha de elaborar este estudio.

Las solicitudes de información y anuncio de adopción de medidas normalmente se dirigen al Estado miembro donde la sociedad de la información tiene su domicilio o está establecida. También, en caso de que la solicitud de medidas realizada no sea atendida por el Estado miembro requerido, el Estado miembro recep-

tor de los servicios puede informar a la Comisión y al mismo Estado de establecimiento sobre medidas adoptadas directamente (rechazo de la sociedad de la información por motivos de orden público, procesamiento por delito, protección de menores, instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, salud o seguridad pública, seguridad pública, defensa nacional, protección de los consumidores e inversores) o sobre medidas adoptadas en caso de urgencia (sin notificación previa a la Comisión o al Estado de establecimiento).

El módulo permite crear notificaciones para ser enviadas a la sociedad de la información en otro Estado miembro. El módulo incluye un procedimiento urgente que permite al Estado receptor tomar las medidas necesarias sin enviar notificación previa, pero informando a la Comisión y al Estado de establecimiento.

En un escenario en el que proliferan las plataformas electrónicas, y en cuyo funcionamiento pueden detectarse infracciones a las normas imperativas de orden público, casos de discriminación, casos de falta de protección de menores, problemas de salud laboral, etc., sería importante que el Organismo Autónomo de la Inspección de Trabajo fuera una de las autoridades competentes y se registrase en el módulo junto con otros Ministerios cuyo ámbito de competencias encaja más claramente en dicho módulo (por ejemplo, el Ministerio de Hacienda).

10. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL ÁREA DE SEGURIDAD SOCIAL

10.1. El EESI, Intercambio Electrónico de Información sobre Seguridad Social y propuesta de modificación de los Reglamentos comunitarios (EC) n° 883/2004 y n° 987/2009

Aparte del potente sistema IMI, la Comisión Europea ha adoptado medidas de financiación²¹ para el desarrollo de EESI (In-

²¹ 2017 CEF(Connecting Europe Facilities) Telecom calls for proposals https://ec.europa.eu/inea/sites/inea/files/2017-1_calltext_eessi_superfinal_170217.pdf

tercambio Electrónico de Información sobre Seguridad Social). EESI va a ser otro importante sistema de intercambio de datos de Seguridad Social. Este sistema informático va a permitir que las instituciones de Seguridad Social de la Unión Europea puedan intercambiar información relativa a expedientes transfronterizos. El sistema permitirá el intercambio electrónico rápido y seguro de información, datos y documentos normalizados y traducidos. EESI se sustenta en un sistema “core” central al que los EEMM pueden conectarse y que entró en funcionamiento en julio 2017. Este sistema central cuenta con un directorio de instituciones nacionales. Al igual que IMI, el sistema de intercambio de información de Seguridad Social cuenta o contará con las necesarias garantías de protección de datos personales (v. gr. límites de almacenamiento de datos, limitación de acceso a tales datos, nivel de protección estatal, criterios de seguridad informática, etc.)

En la línea de fomentar este intercambio de información se está actualmente discutiendo la Propuesta de modificación de los Reglamentos (EC) N° 883/2004 y N° 987/2009²². Esta iniciativa legislativa europea introduce una serie de cambios en el artículo 19 del Reglamento de base que están relacionados con la mejora del intercambio de información y coordinación entre los Estados miembros. La Propuesta refuerza las medidas de coordinación (art. 75 bis), las medidas de impugnación y retirada de los certificados A1 para trabajadores desplazados (art.76 bis). La Propuesta establece, por ejemplo, que las instituciones competentes tienen la obligación de comprobar la información pertinente antes de expedir un certificado A1 (conforme a jurisprudencia de Tribunal de Justicia Europeo²³). De particular interés resulta que dicha Propuesta señale que las instituciones de Seguridad Social, las inspecciones de trabajo y las autoridades competentes en materia fiscal y de inmigración están autorizadas a intercambiar directamente información sobre la situación de los interesados en relación con la Seguridad Social, al objeto de controlar y garantizar el cumplimiento de la legislación en materia de

empleo, la salud y la seguridad, inmigración y fiscalidad, siendo la Comisión Administrativa la que adopte directrices concretas al respecto.

Esta colaboración, según la Propuesta, se establece en los siguientes términos:

- Se establece cuando sea necesaria para el ejercicio de poderes legislativos a escala nacional o de la Unión.
- El objeto de la colaboración es el intercambio de información relativa a los derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social de los interesados.
- Dicha información puede incluir el tratamiento de datos personales para fines distintos del ejercicio o la ejecución de los derechos y las obligaciones derivados de los Reglamentos comunitarios de seguridad social.
- El intercambio de información y el tratamiento de datos personales puede justificarse en la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones jurídicas en los ámbitos del trabajo, la salud y la seguridad, la inmigración y el Derecho fiscal.

Finalmente, la propuesta de Reglamento incluye en su artículo 2 la necesaria base legal para el intercambio de datos personales entre los Estados miembros, y a fin de facilitar la lucha contra el fraude, especificando el artículo 3 los derechos de los interesados en materia de protección de datos personales.

10.2. El sistema de Información Mutua en Protección Social, MISSOC (Mutual Information System on Social Protection)²⁴

Este sistema mantiene contenidos actualizados y comparables de los sistemas de protección social en varias lenguas (inglés, francés y alemán) y actualiza dos veces al año (enero y julio) la información sobre los sistemas de protección social de los Estados miembros, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

²² COM(2016) 815 final.

²³ C-202/97, FTS, apartado 51, EU:C:2000:75, y el asunto C-2/05 Herbosch Kiere, apartado 22, EU:C:2006:69.

²⁴ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=815&langId=es>

10.3. FreSsco (Free movement of workers and Social security coordination)²⁵

FreSsco es una red de expertos independientes en las áreas de libre movimiento de trabajadores y coordinación de Seguridad Social en el seno de la Unión Europea. La red presta asesoramiento a la Comisión Europea a través de informes y estudios analíticos o legales. Igualmente, elabora un informe comparativo anual que contiene información sobre legislación nacional o sobre temas específicos en las citadas áreas.

10.4. SOLVIT²⁶

Es una plataforma de información muy útil no sólo para los ciudadanos en general, sino para los trabajadores y pensionistas. Junto a temas generales sobre visados, permisos, residencia, comercio y servicios, vehículos, etc., hay otros aspectos como derechos a pensión, trabajar fuera, beneficios de desempleo, seguro médico, etc.

10.5. EURES

EURES es una red de cooperación de la Unión Europea creada con el fin de facilitar la libre circulación de trabajadores dentro de los 28 Estados miembros de la UE, Suiza, Islandia, Liechtenstein y Noruega.

La red está integrada por varias entidades:

- La Oficina Europea de Coordinación.
- Las Oficinas Nacionales de Coordinación.
- Los socios de *EURES*.
- Los asociados a *EURES*.

Los socios de *EURES* son los servicios públicos de empleo de los distintos Estados miembros, los servicios privados de empleo, los sindicatos, organizaciones patronales y otros agentes del mercado laboral.

Los socios y asociados facilitan información y ofrecen servicios de colocación y contratación a los empleadores y a los solicitantes de empleo. Las Oficinas de Coordinación, tanto europea como nacionales, supervisan la organización de actividades a escala europea y nacional respectivamente.

El Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento y del Consejo, de 13 de abril de 2016 regula las funciones de los distintos integrantes de *EURES*, aludiendo esta norma al Comité *EURES*.

Asimismo, *EURES* sirve de cauce para difundir información sobre el empleo y ofrecer servicios de colocación en beneficio de empresarios y trabajadores fronterizos de las regiones transfronterizas europeas. Las “Asociaciones transfronterizas *EURES*” apoyan la movilidad de los trabajadores transfronterizos y de sus empleadores, y supervisan los flujos de movilidad y los obstáculos a la movilidad de los trabajadores en las regiones fronterizas. Estas asociaciones agrupan a socios de *EURES* e implican en su trabajo a servicios de empleo regionales o locales, a los interlocutores sociales y a otras organizaciones, como las cámaras de comercio, las universidades, las organizaciones de EFP, así como a las autoridades locales.

EURES tiene, además, un servicio -*Drop'pin@EURES*- a través del cual las empresas y organizaciones promueven y publican oportunidades para los jóvenes europeos, a través de una plataforma en línea, para realizar aprendizajes, prácticas en empresas, programas de capacitación, cursos de *e-learning*, capacitación lingüística, *coaching* y mentoría, etc. En esta plataforma, los empleadores pueden encontrar los perfiles y candidatos para trabajos en línea²⁷.

En la Propuesta de reglamento de Autoridad Europea Laboral (*vide infra*) se establece que sea ésta la que gestione y dirija la Oficina de Coordinación Europea, aunque el portal de *EURES* y todo lo relacionado con la I&T seguirá bajo el control de la Comisión.

²⁵ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&ftca-tld=1098>

²⁶ http://ec.europa.eu/solvit/index_en.htm

²⁷ <https://ec.europa.eu/eures/public/es/eures-services>

10.6. YOUR EUROPE

Es una página de la UE que contiene información completa sobre temas diversos (viajes, sanidad, prestaciones de desempleo), y también sobre trabajar en otros Estados miembros, en concreto temas relativos a trabajadores desplazados temporalmente.

11. EL SISTEMA DE INFORMACIÓN EN ESPAÑA EN MATERIA DE DESPLAZAMIENTOS

Con la transposición de la Directiva 2014/67/UE mediante el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, se modificó la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Aparte de incorporar al ordenamiento español el reconocimiento y asistencia mutuos en la notificación y ejecución transfronteriza de sanciones administrativas derivadas del incumplimiento de la normativa en materia de desplazamiento de trabajadores, el RDL 9/2017 establece la obligación del empresario que desplace trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional de comunicar el desplazamiento, antes de su inicio y con independencia de su duración, a la autoridad laboral española competente mediante medios electrónicos (en el modo que se determine reglamentariamente). La norma prevé, además, que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social establezca, de acuerdo con las Comunidades Autónomas, un registro electrónico central de tales comunicaciones. Este registro se anuncia en la disposición adicional sexta, en la cual se señala que el Ministerio, junto a las CCAA, elaborará un protocolo de colaboración para su funcionamiento. La finalidad del Protocolo es garantizar la adecuada intercomunicación. El plazo para la creación del registro electrónico es de seis meses.

El Registro y web informativa única hasta la fecha no ha sido creados, aunque es previsible que sean una realidad en los próximos meses. El Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social tendrá que abordar la unificación de estas dos páginas web en una sola

y, aunque ya existe una información notable en la web del Ministerio, tendrá éste que ampliar la información que se ofrece en español, en inglés y, a ser posible, en otras lenguas de países fuertemente exportadores de mano de obra a España (Portugal, Francia o Rumanía) con los siguientes puntos (no exhaustivo):

- Información sobre las normas “núcleo duro” de la Directiva 96/71/CE.
- Información sobre salario mínimo intersectorial e información sobre los salarios -por categorías profesionales más comunes- regulados en distintos sectores con mayor presencia de empresas y trabajadores desplazados a España.
- Información sobre Convenios de Seguridad Social.
- Estatuto de los Trabajadores (o al menos de sus artículos más importantes en inglés (jornada, descansos, menores, etc.).
- Identificación de autoridades competentes tanto de ámbito central como autonómico.
- Oficinas de enlace.
- Normativa comunitaria.
- Formularios y certificados A1.
- Acceso a los agentes sociales para actualizar normativas sectoriales o informaciones de interés.
- Acceso de empresarios de otros Estados al Registro Central.
- Acceso de autoridades competentes (en especial de CCAA) al Registro Central.

Por otra parte, el RDL 9/2017 añade a la Ley 45/1999 una nueva disposición adicional novena, relativa a la *actualización de la información*, la cual establece que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social deberá mantener actualizada la página web de desplazamiento transnacional de trabajadores contenida en el sitio web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, así como la información proporcionada en la ficha de país en el sitio web de la Comisión Europea.

Junto a esta web institucional, que sería deseable ofreciera una información integral y unificada, también la norma alude al apoyo a las iniciativas de los interlocutores sociales, señalando que, sin perjuicio de su autonomía, se garantiza un apoyo a las iniciativas de los interlocutores sociales en materia de información a las empresas y a los trabajadores sobre las condiciones de empleo aplicables a los desplazamientos de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional.

12. MECANISMOS DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DIRECTOS ENTRE LAS INSPECCIONES DE TRABAJO DE LOS ESTADOS MIEMBROS. LOS ACUERDOS BILATERALES Y MULTILATERALES EN MATERIA DE DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES EN EL MARCO DE UNA PROVISIÓN DE SERVICIOS

12.1. Base legal: Directiva 2014/67/UE

Hace tiempo que en algunas instancias administrativas tanto nacionales como europeas se mencionaba la conveniencia de elaborar un inventario de acuerdos bilaterales. La página web de *EURODETACHMENT* se adelantó y contiene el más completo inventario de acuerdos bilaterales que se haya elaborado hasta ahora. No obstante, el presente estudio aborda una síntesis de estos acuerdos y de sus principales puntos y materias.

La práctica de acuerdos bilaterales tras la aprobación de la Directiva 2014/67/UE quedó ciertamente debilitada al irrumpir un sistema muy eficaz de cooperación multilateral a través de IMI. De hecho, fue un tópico de discusión en la elaboración de la Directiva, aunque finalmente se mantuvo una referencia a los mismos en el art. 21 de la norma. Este artículo establece que *“los Estados miembros podrán aplicar acuerdos o convenios bilaterales de cooperación administrativa y de asistencia mutua entre sus autoridades competentes con respecto a la aplicación y el seguimiento de las condiciones de empleo aplicables a los trabajadores desplazados a las que se refiere el artículo*

3 de la Directiva 96/71/CE, en la medida en que tales acuerdos o convenios no afecten desfavorablemente a los derechos y las obligaciones de los trabajadores y las empresas afectados”.

La norma reflejó, por una parte, la idea de que el sistema IMI debía ser el cauce fundamental, si no único, de intercambio de información, y por otra, se aceptaba, y a instancia de algunas delegaciones en el Consejo, que de alguna manera pudieran seguir utilizándose los mecanismos bilaterales de intercambio de información que se habían ido desarrollando desde el año 2000 y del que habían hecho uso frecuente algunos Estados miembros.

La Directiva, no obstante, señala que los Estados miembros deben informar a la Comisión de todo acuerdo o convenio bilateral que apliquen y deben publicar el texto de tales acuerdos. Sin duda, el precepto recuerda a los Estados miembros que deben utilizar, en la medida de lo posible, el sistema IMI, con lo cual el legislador comunitario vio con recelo y escepticismo la coexistencia de ambos planos, multilateral y bilateral, en el intercambio de información y cooperación administrativa.

Otras bases legales para el intercambio de información bilateral son el Reglamento (UE) No 883/2004 y 987/2009, previniendo este último una más estrecha y efectiva cooperación entre las autoridades competentes y la ejecución transfronteriza de deudas de Seguridad Social. También, la Directiva 2011/36/UE sobre tráfico de seres humanos, así como las Resoluciones del Consejo 1999/C 125/01 y 2003/C 260/01, sobre trabajo no declarado, y de manera especial la Decisión del Parlamento y del Consejo (UE) 2016/344, de 9 de marzo de 2016, relativa a la creación de una Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado.

12.2. El Código de Conducta del Consejo Europeo de 22 de abril de 1999

Por otra parte, el Consejo Europeo aprobó el 22 de abril de 1999 un Código de Conducta en ámbito de la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros en materia de

lucha contra el uso indebido de prestaciones de la Seguridad Social y el fraude en las cotizaciones a nivel transnacional y contra el trabajo no declarado y el trabajo temporal transfronterizo²⁸. Este Código no es vinculante y se basa en la utilización de las estructuras y procedimientos existentes en los Estados miembros. El Código alude también a la necesaria observancia de la legislación en materia de protección de datos personales (Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo) así como la preservación del derecho a la intimidad de las personas físicas.

La finalidad de este Código de Conducta es mejorar la cooperación, contiene una serie de definiciones y regula un conjunto de procedimientos a seguir por los Estados miembros en su cooperación:

- a) Comunicación directa entre las autoridades.
- b) Designación de centros nacionales de enlace.
- c) Transmisión de las solicitudes de cooperación a los organismos competentes.
- d) Suministro de información y transmisión de documentos.
- e) Verificación de certificados.
- f) Asistencia administrativa mutua en la verificación de la autenticidad de los certificados relativos a las materias objeto de los acuerdos.

12.3. Inventarios de acuerdos bilaterales

Lo cierto y verdad es que siguen existiendo acuerdos bilaterales y, como ya se ha indicado, la página web de *EURODETACHEMENT*²⁹ alberga un buen inventario de acuerdos bilaterales que abordan temas de cooperación en el área de la Directiva 96/71/CE y otras materias conexas como trabajo no declarado, seguridad y salud en el trabajo, etc. Por otra parte, se han llevado a cabo estudios interesantes inventariando acuerdos nacionales y bilaterales

de cooperación entre Estados miembros en la materia de trabajo no declarado, que fueron presentados en Utrecht el 11 y 12 de abril en el marco de una reunión de la Plataforma Europea de Trabajo no Declarado³⁰.

En relación con países terceros no miembros de la Unión Europea, la única referencia sobre cuestiones que puedan afectar a trabajadores desplazados son los convenios bilaterales de Seguridad Social que ha firmado España con otros países (<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/32253>) y el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/2070>).

12.4. Las formas de cooperación

Las formas de cooperación entre Estados suelen consistir en la firma de un acuerdo o convenio bilateral o plurilateral. Se utiliza generalmente la fórmula del acuerdo bilateral, aunque a veces este acuerdo adopta la forma de una Declaración de cooperación³¹, que suele ser más breve que un acuerdo o convenio. Como puede observarse en el presente estudio, hay “acuerdos bilaterales” y “memorándum de entendimiento”, estribando la diferencia en que los primeros, además de ser más formales, son de obligatoria observancia por las partes, mientras que los segundos no tienen efecto obligatorio, sino que responden más bien a declaraciones de compromiso³².

³⁰ *Ruslan Stefanov and Daniela Mineva*, Vitosha Research EOOD (Center for the Study of Democracy Group, Bulgaria); National and Bilateral Agreements and Memoranda of Understanding to Tackle Undeclared Work; Learning Resource Paper from the Thematic Review Workshop: ‘National and bilateral Agreements and Memoranda of Understanding to tackle undeclared work’; Utrecht, the Netherlands, 11-12 April 2017; puede encontrarse en http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1299&langId=en&intInternal_pagesId=4875&moreDocuments=yes&tableName=INTERNAL_PAGES

³¹ Declaración de cooperación entre Francia e Italia: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/arrangement%20franco-italien.pdf>

³² *Ruslan Stefanov and Daniela Mineva*, Vitosha Research EOOD (Center for the Study of Democracy Group, Bulgaria); National and Bilateral Agreements and Memoranda of Understanding to Tackle Undeclared Work; Learning Resource Paper from the Thematic Review Workshop: ‘National and bilateral Agreements and Memoranda of Understanding to tackle undeclared work’; Utrecht, the Netherlands, 11-12 April 2017;

²⁸ 1999/C 125/01, DOCE 6.5.199.

²⁹ <http://www.eurodetachment-travail.eu/docs.asp?rub=787#>

Los acuerdos de cooperación pueden también pueden adoptar la forma de creación de un grupo u órgano de cooperación, incluso con personalidad jurídica propia, como por ejemplo, el *Groupement Benelux de coopération territoriale -GBCT-* (conforme a la *Convention Benelux de Coopération Transfrontalière et Interterritoriale*³³).

12.5. Objeto de la colaboración.

La colaboración objeto del acuerdo suele estar enfocada a la realización de acciones conjuntas o al intercambio de información en los siguientes temas:

- a) Art. 3 de la Directiva 96/71/CE (condiciones de trabajo y empleo, jornada y descanso, salarios mínimos, empresas de trabajo temporal, seguridad y salud de los trabajadores desplazados³⁴).
- b) Información sobre infracciones detectadas en materia de condiciones de trabajo en el curso de inspecciones de trabajo³⁵.
- c) Forma jurídica y tipos de actividad de la empresa desplazada³⁶.
- d) Medidas de protección del trabajo de mujeres en situación de maternidad y trabajo de jóvenes, así como la igualdad de trato y no discriminación entre mujeres y hombres³⁷.

pág. 7; puede encontrarse en http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1299&langId=en&intInternal_pageId=4875&moreDocuments=yes&tableName=INTERNAL_PAGES

³³ Firmado en La Haya el 20 de febrero de 2014, http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Convention_benelux_20140220.pdf

³⁴ Acuerdo Bilateral Portugal y Bélgica de 7 de agosto de 2009; Acuerdo Bilateral Bélgica y Polonia de 11 de octubre de 2007: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Belgique%20Pologne%2011%20oct%202007%20fr.pdf>

³⁵ Acuerdo Bilateral Portugal y Bélgica de 7 de agosto de 2009: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Portugal%20belgique%207%20aout%202009%20fr.pdf>

³⁶ Acuerdo Bilateral Portugal y Bélgica de 7 de agosto de 2009; Acuerdo Bilateral Bélgica y Polonia de 11 de octubre de 2007: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Portugal%20belgique%207%20aout%202009%20fr.pdf>

³⁷ Arrangement Administratif Bélgica Luxemburgo de 8 de julio de 2008: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Belgique%20Luxembourg%208%20juillet%202008.pdf>; Acuerdo Bilateral Bélgica y Polonia de 11 de octubre de

- e) Procedimientos administrativos o judiciales ya iniciados³⁸.
- f) Determinación de la validez de documentos³⁹.
- g) Fraude social en el desplazamiento temporal de trabajadores o puesta a disposición de mano de obra de forma abusiva, información a los trabajadores desplazados sobre sus derechos, con acciones de sensibilización de los actores económicos y sociales⁴⁰.
- h) Acciones de control o/e inspección coordinadas⁴¹.
- i) Lucha contra el empleo ilegal de trabajadores de terceros países⁴².
- j) Organización en común de programas de formación y seminarios, así como candidaturas y desarrollo en común de proyectos propiciados por la Unión Europea y la OIT⁴³, así como la regulación de cómo correr con los gastos que representen tales reuniones o seminarios⁴⁴.
- k) Intercambio de experiencias en materia de aplicación de las Directivas comunitarias, así como sobre los métodos de la planifica-

2007: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Belgique%20Pologne%2011%20oct%202007%20fr.pdf>

³⁸ Arrangement de Coopération Administratif Francia y Bélgica, de 9 de mayo de 2003: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Franco%20Belge%203-5-2003.pdf>

³⁹ Arrangement de Coopération Administratif Francia y Bélgica, de 9 de mayo de 2003: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Franco%20Belge%203-5-2003.pdf>

⁴⁰ Accord de Coopération Administrative Francia y Holanda, de 15 de mayo de 2007: http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/France_Pays-Bas_15_mai_2007.pdf

⁴¹ <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/arrangement%20franco-italien.pdf>

⁴² Accord de Coopération administrative Francia y Bulgaria de 30 de mayo de 2008: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/accord%20franco-bulgare.pdf>

⁴³ Arrangement Administratif Luxemburgo y Portugal, de 7 de julio de 2011: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/AccordLux-Port.07.07.2001.pdf>

⁴⁴ Arrangement Administratif Luxemburgo y Portugal, de 7 de julio de 2011: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/AccordLux-Port.07.07.2001.pdf>

ción, coordinación y evaluación de la inspección de trabajo⁴⁵.

- 1) Promoción conjunta de campañas de sensibilización sobre los derechos y obligaciones de los trabajadores desplazados⁴⁶.

Algunos Convenios exponen los motivos y fundamentos del acuerdo (v.gr. distorsión de la competencia del trabajo ilegal, erradicación de los trabajadores falsos autónomos, protección de los consumidores, etc.)⁴⁷.

12.6. Autoridades involucradas en la cooperación

Algunos convenios o acuerdos incluyen la mención específica a las Administraciones entre las que se establece la cooperación. Por ejemplo, entre las Inspecciones del Trabajo de ambos países, aunque también se estipula que en caso de información grave o importancia del asunto debe reportarse también a las autoridades superiores⁴⁸. En general, suelen determinarse en los convenios o acuerdos de colaboración una serie de autoridades que son responsables de la cooperación y que actúan como oficinas de enlace en el marco del acuerdo. En bastantes ocasiones se designan, junto a las autoridades centrales, a autoridades regionales fronterizas⁴⁹. En otras ocasiones se designa como único órgano interlocutor en la cooperación a la oficina de enlace (prevista en la Directiva 96/71/CE). A veces los convenios o acuerdos establecen un gran

detalle respecto a las autoridades competentes en la cooperación, como por ejemplo el Acuerdo de Luxemburgo con Portugal⁵⁰. Los acuerdos pueden también establecer que, cuando la autoridad a la que se solicita la información no sea la competente sobre la materia, deberá en cualquier caso remitir la solicitud a la autoridad competente para su tramitación⁵¹.

12.7. Intercambio de información

La mayoría de los acuerdos suelen establecer cláusulas que regulan el intercambio de información, y, en concreto, las autoridades competentes el dicho intercambio. También pueden disponerse los casos en los que no es obligatorio suministrar la información solicitada. Por ejemplo, en el Acuerdo entre Francia y Holanda se señala que no se facilitará la información solicitada cuando se exigiera un trabajo administrativo desproporcionado o cuando su suministro pudiera ser contrario a la legislación nacional de uno de los países. A veces los acuerdos establecen que el intercambio de información puede realizarse en relación con los métodos de inspección de cada parte⁵². En otras ocasiones se prevé que el intercambio de información solo se establezca en caso de que no pueda usarse el sistema IMI de la Comisión Europea⁵³.

El intercambio de información puede versar sobre comunicación de los accidentes de trabajo sufridos por trabajadores desplazados, para completar actuaciones que no han podido terminarse, cuando la información está fragmentada y no puede utilizarse el sistema IMI o cuando la información podría ser útil para una posible actuación sancionadora por parte de una de las inspecciones firmantes⁵⁴.

⁴⁵ *Arrangement Administratif Luxemburgo y Portugal, de 7 de julio de 2011*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/AccordLux-Port.07.07.2001.pdf>

⁴⁶ *Agreement on Cooperation between Labour Inspectorate of Estonia and Division of Occupational Health and Safety of the Regional State Administrative Agency for Southern Finland*, firmado a 3 de diciembre de 2014.

⁴⁷ *Arrangement de Coopération Administratif Francia y Bélgica, de 9 de mayo de 2003*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Franco%20Belge%203-5-2003.pdf> y *Declaración franco-española*, de 22 de septiembre de 2010: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/declaration%20franco-espagnole.pdf>

⁴⁸ *Arrangement de Coopération Administratif Francia y Bélgica, de 9 de mayo de 2003*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Franco%20Belge%203-5-2003.pdf>

⁴⁹ Por todos la Declaración Franco-Italiana y la Declaración Francia: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/arrangement%20franco-italien.pdf>

⁵⁰ *Arrangement Administratif Luxemburgo y Portugal, de 7 de julio de 2011*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/AccordLux-Port.07.07.2001.pdf>

⁵¹ *Acuerdo Bilateral Portugal y Bélgica de 7 de agosto de 2009*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Portugal%20belgique%207%20aout%202009%20fr.pdf>

⁵² *Accord de Coopération Administrative Francia y Holanda, de 15 de mayo de 2007*: http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/France_Pays-Bas_15_mai_2007.pdf

⁵³ *Agreement on Cooperation between Labour Inspectorate of Estonia and Division of Occupational Health and Safety of the Regional State Administrative Agency for Southern Finland*, firmado a 3 de diciembre de 2014.

⁵⁴ *Agreement on Cooperation between Labour Inspectorate of Estonia and Division of Occupational Health and Safety*

Algunos convenios establecen como objeto del acuerdo el intercambio de información relativo a los cambios legislativos que pueden tener lugar en cualquiera de los países contratantes⁵⁵. También hay acuerdos que regulan un procedimiento especial para coordinación en caso de accidente laboral de trabajadores desplazados⁵⁶.

12.8. Intercambio de funcionarios e inspecciones conjuntas

Algunos acuerdos prevén la realización de "stages" de funcionarios para que los mismos puedan familiarizarse con las prácticas de interés común y para intercambiar ideas con vistas a obtener información y observar el funcionamiento de unidades de control o de cooperación o enlace, siendo los gastos originados por los funcionarios responsabilidad del Estado de origen o que los envía⁵⁷. Los intercambios afectan sobre todo a funcionarios que participan activamente en la implementación del acuerdo bilateral⁵⁸. Otros convenios establecen la posibilidad de realizar visitas conjuntas a empresas desplazadas desde el Estado de la otra inspección de trabajo firmante. Estas visitas conjuntas cumplen dos objetivos: formación y cooperación para resolver casos en los que están involucrados trabajadores de uno de los Estados. Las actuaciones, sin embargo, se llevan a cabo por los inspectores del Estado de recepción de inspectores visitantes, ya que son competentes por razón territorial. Los gastos (alojamiento y manutención) de los inspectores de trabajo desplazados pueden compartirse si

así se fija en el convenio y conforme a sus reglas acordadas⁵⁹.

12.9. Ámbito de aplicación territorial

Algunos convenios bilaterales establecen como ámbito territorial de aplicación el conjunto del territorio de cada país, pero señalan que el convenio es de especial aplicación en las zonas territoriales fronterizas⁶⁰.

12.10. Plazos de respuesta ante la petición de colaboración

Las partes contratantes establecen (no siempre) un plazo de respuesta ante una petición, aunque suelen fijar la posibilidad de no poder atender los plazos por razones a justificar. Estos plazos suelen variar oscilando entre plazos cortos y cuatro semanas⁶¹.

12.11. Utilización de un formulario específico

En algunos acuerdos bilaterales se pacta el uso de un formulario específico para intercambiar y enviar datos⁶².

12.12. La protección de datos personales

Los acuerdos bilaterales pueden regular este punto⁶³ en el sentido de que la legislación de cada país vela por la protección de datos per-

of the Regional State Administrative Agency for Southern Finland, firmado a 3 de diciembre de 2014

⁵⁵ *Arrangement de Coopération Administratif Francia y Bélgica, de 9 de mayo de 2003*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Franco%20Belge%203-5-2003.pdf>

⁵⁶ *Arrangement Administratif Luxemburgo y Portugal, de 7 de julio de 2011*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/accordLux-Port.07.07.2001.pdf>

⁵⁷ *Accord de Coopération Administrative Francia y Holanda, de 15 de mayo de 2007*: http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/France_Pays-Bas_15_mai_2007.pdf; *Arrangement Administratif Luxemburgo y Portugal, de 7 de julio de 2011*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/accordLux-Port.07.07.2001.pdf>

⁵⁸ *Accord de Coopération administrative Francia y Bulgaria de 30 de mayo de 2008*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/accord%20franco-bulgare.pdf>

⁵⁹ Agreement on Cooperation between Labour Inspectorate of Estonia and Division of Occupational Health and Safety of the Regional State Administrative Agency for Southern Finland, firmado a 3 de diciembre de 2014.

⁶⁰ *Arrangement de Coopération Administratif Francia y Bélgica, de 9 de mayo de 2003*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Franco%20Belge%203-5-2003.pdf>

⁶¹ *Acuerdo Bilateral Portugal y Bélgica de 7 de agosto de 2009; Acuerdo Bilateral Bélgica y Polonia de 11 de octubre de 2007*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Portugal%20belgique%207%20aout%202009%20fr.pdf>

⁶² *Acuerdo Bilateral Portugal y Bélgica de 7 de agosto de 2009; Acuerdo Bilateral Bélgica y Polonia de 11 de octubre de 2007*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Belgique%20Pologne%2011%20oct%202007%20fr.pdf>

⁶³ *Acuerdo Bilateral Bélgica y Polonia de 11 de octubre de 2007*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Belgique%20Pologne%2011%20oct%202007%20fr.pdf>

sonales. Aunque no se incluyera una cláusula al respecto, debe entenderse que cualquier transmisión de datos personales entre dos países queda sometida a la normativa de protección de datos personales tanto europea como nacional. También en algunos convenios se estipula el respeto a las limitaciones de intercambio de información derivados del secreto judicial, si es aplicable⁶⁴ o cuando la información es reservada, ambas partes deben tratarla de modo confidencial⁶⁵.

12.13. Programas de trabajo y evaluación de la ejecución de los acuerdos

Los acuerdos bilaterales suelen establecer un mecanismo de evaluación del acuerdo⁶⁶. A veces también estipulan la elaboración de un programa de trabajo plurianual y una evaluación y seguimiento⁶⁷. La evaluación en ocasiones se fija con carácter bianual y en ella se describen las dificultades ocasionadas durante la aplicación del acuerdo. También puede prevverse la creación de una oficina de enlace bilateral y una reunión bianual para examinar el programa de trabajo, así como para resolver los problemas surgidos en el desarrollo del acuerdo y las medidas correctoras a adoptar, reuniones a las que pueden ser invitados representantes de otras entidades⁶⁸. La evaluación debe ser de aspectos cuantitativos, pero también cualitativos⁶⁹.

⁶⁴ *Arrangement de Coopération Administratif Francia y Bélgica*, de 9 de mayo de 2003: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Franco%20Belge%203-5-2003.pdf>

⁶⁵ Agreement on Cooperation between Labour Inspectorate of Estonia and Division of Occupational Health and Safety of the Regional State Administrative Agency for Southern Finland, firmado a 3 de diciembre de 2014.

⁶⁶ *Acuerdo Bilateral Portugal y Bélgica de 7 de agosto de 2009; Acuerdo Bilateral Bélgica y Polonia de 11 de octubre de 2007*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Portugal%20belgique%207%20aout%202009%20fr.pdf>

⁶⁷ *Accord de Coopération Administrative Francia y Holanda, de 15 de mayo de 2007*: http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/France_Pays-Bas_15_mai_2007.pdf

⁶⁸ *Accord de Coopération Administrative Francia y Holanda, de 15 de mayo de 2007*: http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/France_Pays-Bas_15_mai_2007.pdf

⁶⁹ *Accord de Coopération administrative Francia y Bulgaria de 30 de mayo de 2008*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/accord%20franco-bulgare.pdf>

12.14. Creación de un grupo de trabajo

Algunos convenios establecen la creación de un grupo de trabajo operativo y regulan sus funciones (en especial, facilitar la constatación de infracciones, adopción de acciones preventivas, etc.). También puede estipularse la creación de comisiones mixtas para administrar y realizar un seguimiento del convenio, determinándose la periodicidad de sus reuniones, así como su composición⁷⁰. Los gastos de viaje y alojamiento de los integrantes de los grupos desplazados a reuniones serán de cuenta de cada Estado de envío en su respectivo ámbito⁷¹.

12.15. Procedimientos especiales: revisión de certificados A1

Hay acuerdos, como el suscrito entre Alemania y Francia⁷², en los que se establece un procedimiento especial en caso de dudas en torno a los certificados A1 de los trabajadores desplazados en el marco de una provisión de servicios y de intercambio de información relativo a aspectos fácticos referidos en la Decisión A2⁷³ (infraestructura de la empresa en el Estado de origen, actividad significativa, vínculo entre la empresa que desplaza y el trabajador, etc.). En caso de duda respecto a los certificados A1 se establece un procedimiento a seguir siempre y cuando no se haya iniciado el procedimiento establecido en el apartado 9 de la decisión A2. El Estado receptor de la petición debe acusar recibo de la petición en el plazo de 10 días y debe comunicar

⁷⁰ *Arrangement de Coopération Administratif Francia y Bélgica, de 9 de mayo de 2003*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Franco%20Belge%203-5-2003.pdf>

⁷¹ Agreement on Cooperation between Labour Inspectorate of Estonia and Division of Occupational Health and Safety of the Regional State Administrative Agency for Southern Finland, firmado a 3 de diciembre de 2014

⁷² *Arrangement administratif sur la coopération Francia Alemania de 9 de octubre de 2008*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/accord%20franco-allemand.pdf>

⁷³ Decisión No A2 de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) no 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que trabajen temporalmente fuera del Estado competente; disponible en: http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/index.htm?dDocName=190924&tC1=1001&tC2=2013

su decisión al Estado peticionario en el plazo de 30 días. Si no retira los certificados A1 debe señalar los motivos. En caso de que anule o retire los certificados, debe notificarlo al trabajador y a la empresa. Se establece un plazo más amplio de 70 días para los casos de especial complejidad. En caso de que en los citados plazos no se haya resuelto la controversia, se designa un "troubleshooter" por cada Estado parte, siendo la función de los mismos agilizar la solución del problema, que deben cerrar el procedimiento en el plazo de un mes, al término del cual, si no han llegado a un acuerdo, se somete la cuestión a la Comisión Administrativa de la Seguridad Social. La comunicación entre ambas partes se realiza mediante un formulario bilingüe y por medios electrónicos.

12.16. Duración o vigencia del acuerdo. Firma del acuerdo

Buena parte de los acuerdos establecen una duración o vigencia indefinida⁷⁴. En algunas ocasiones se estipula la posibilidad de rescindir el acuerdo por cualquiera de las partes y con un plazo de preaviso determinado⁷⁵

Los acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales suelen ser firmados a un nivel de jefe departamental⁷⁶.

12.17. Otros tipos de acuerdos

Hay otros acuerdos bilaterales cuyo objeto ha sido el desarrollo de un determinado proyecto de cooperación en diversas materias, tales como intercambio de experiencias en materia de desplazamiento temporal de trabajadores⁷⁷, transporte por carretera y desplazamiento

⁷⁴ *Accord de Cooperación Administrativa Francia y Holanda, de 15 de mayo de 2007*: http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/France_Pays-Bas_15_mai_2007.pdf

⁷⁵ Tres meses de acuerdo con el *Arrangement Administratif Luxemburgo y Portugal, de 7 de julio de 2011*: <http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/Accord-Lux-Port.07.07.2001.pdf>

⁷⁶ *Accord de Cooperación Administrativa Francia y Holanda, de 15 de mayo de 2007*: http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/France_Pays-Bas_15_mai_2007.pdf

⁷⁷ Foundation "Istituto Guglielmo Tagliacarne", Italia (EMPOWER - EXCHANGE OF EXPERIENCES AND IMPLEMENTATION OF ACTIONS FOR POSTED WORKERS, 2009; Working Lives Research Institute, London Metropolitan University, Reino Unido

transnacional⁷⁸, formación en materia de desplazamiento transnacional de trabajadores⁷⁹, actualización de página web dedicada a la materia de desplazamientos⁸⁰, acceso a la justicia de los trabajadores desplazados⁸¹. Ha habido también proyectos de cooperación desarrollados por agentes sociales⁸².

13. LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE ESPAÑA CON OTROS PAÍSES⁸³.

13.1. España y Rumanía

Este *Acuerdo de Entendimiento y Colaboración*⁸⁴ prevé la colaboración entre ambos países en las siguientes materias:

- Intercambio de inspectores de trabajo.
- Organización de cursos y formación práctica.

(REGULATION AND ENFORCEMENT OF POSTED WORKERS EMPLOYMENT RIGHTS (POSTER), 2010; SCIENTIFIC SOCIETY FOR SOCIAL COHESION AND DEVELOPMENT, Grecia (EXCHANGE OF EXPERIENCES AND BEST PRACTICES ON POSTED WORKERS, 2010.

⁷⁸ Foundation "Istituto Guglielmo Tagliacarne", Italia (ROAD TRANSPORT SECTOR AND POSTING OF WORKERS (TRANSPO), 2010.

⁷⁹ INSTITUT NATIONAL DU TRAVAIL DE L'EMPLOI ET DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE INTEFP, France (COMMON TRAINING OF LABOUR INSPECTORS AND ACTORS INVOLVED IN THE CONTROL OF THE EFFECTIVENESS OF EUROPEAN LAW ON PROTECTION OF POSTED WORKERS, 2012.

⁸⁰ European Construction Industry Federation, Bélgica (UPDATE OF THE EFBWW-FIEC "POSTING" WEBSITE, 2010).

⁸¹ European Association of Labour Court Judges, Reino Unido (ACCESS TO JUSTICE FOR POSTED AND OTHER VULNERABLE WORKERS, 2013).

⁸² European Federation of Building and Woodworkers, Bélgica (IMPROVING BEST PRACTICES ON THE WORKING AND LIVING CONDITIONS OF POSTED WORKERS, 2009; Fédération Européenne des syndicats de l'alimentation, de l'agriculture, du tourisme et des branches connexes, Bélgica (TRAVAIL DÉTACHÉ : RECENSEMENT, ANALYSE DE LA SITUATION, BONNES PRATIQUES DANS L'AGRICULTURE, 2009.

⁸³ Véase para mayor información la web <http://www.eurodetachment-travail.eu/docs.asp?rub=789>

⁸⁴ Acuerdo de Entendimiento y Colaboración para el intercambio de información y cooperación entre la Inspección de trabajo en Polonia y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España, de 17 de noviembre de 2010.

tica, así como participación en conferencias, seminarios y reuniones organizados por ambas partes.

- Desarrollo y ejecución de proyectos conjuntos relacionados con la remisión de solicitudes a las instituciones de la Unión Europea, Organización Internacional del Trabajo.
- Intercambio de información sobre accidentes de trabajo mortales.
- Procedimiento para cursar las solicitudes de información y las respuestas a las peticiones formuladas.
- Acuerdo de reuniones anuales para discutir y evaluar la ejecución del Acuerdo.

13.2. España y Francia

La Declaración de intenciones firmada por ambos países⁸⁵ incluye la colaboración en distintas materias. La colaboración se extiende esencialmente a la verificación de la aplicación de las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y empleo previstas por la Directiva 96/71/CE, y prevé la asistencia mutua en las siguientes materias:

- Estudio y realización de acciones de prevención.
- Comunicación directa de las principales modificaciones de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas en cada país.
- Acciones de inspección coordinadas.
- Intercambio de información sobre métodos de inspección y de trabajo.

⁸⁵ Declaración de intenciones del Ministro de Trabajo e Inmigración del Gobierno de España y el Ministro de Trabajo, Solidaridad y Función Pública de la República Francesa, sobre la cooperación en materia de control del Desplazamiento transnacional de trabajadores, de 22 de septiembre de 2010; véase en http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Normativa_documentacion/Convenio_Internac/convenio_francia.pdf

El acuerdo regula con mucho detalle las oficinas de enlace designadas por cada país para poner en marcha la cooperación, que son las siguientes:

En Francia:

- la Dirección General de trabajo (DGT) como oficina de enlace nacional, para toda la zona no fronteriza con España.
- la Dirección regional de las empresas, la competencia, el consumo, el trabajo y el empleo de Aquitania (Aquitania y Midi-Pirineos).
- la Dirección regional de las empresas, la competencia, el consumo, el trabajo y el empleo de Rosellón Languedoc.

En España:

- La Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (DGITSS) como oficina de enlace nacional, para toda la zona no fronteriza con Francia y para la zona fronteriza en los casos en que las oficinas de enlace descentralizadas no concuerden a ambos lados de la frontera;
- La Dirección Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña.
- La Dirección Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Navarra.
- La Dirección Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del País Vasco.

13.3. España y Portugal

Este Acuerdo de intercambio de información y cooperación⁸⁶ se suscribe en el marco del *Protocolo de Cooperación y Asistencia Técnica en materia Laboral y de Asuntos Sociales entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*

⁸⁶ Acuerdo de intercambio de información y cooperación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España y la Inspección General de Trabajo de Portugal, de 3 de octubre de 2003.

de España y el Ministerio de Seguridad Social y de Trabajo de la República Portuguesa, de 2 y 3 de octubre de 2002 y la Declaración de Intenciones sobre Cooperación y Asistencia Técnica en materia Laboral y de Asuntos Sociales entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales del Reino de España y el entonces Ministerio de Trabajo y de Solidaridad de la República de Portugal, de noviembre de 1998.

Este Acuerdo es el más completo que ha firmado España y uno de los más desarrollados en el marco de acuerdos bilaterales o multilaterales en Europa. Podría decirse que constituye la base para un futuro espacio ibérico de Inspección de Trabajo. El Acuerdo establece las bases para que exista una relación fluida y ágil, tanto a nivel central como entre los servicios regionales de Inspección de Trabajo que operan a ambos lados de la frontera hispano-lusa. El ámbito de colaboración se extiende a los siguientes aspectos y áreas:

- Seguridad y salud en el trabajo.
 - Sobre servicios de prevención propios, infracciones y resultados de la investigación de accidentes de trabajo, con vistas a determinar si procede o no el recargo de prestaciones de la Seguridad Social (en España). Se acuerda intercambiar información en relación con todos los accidentes de trabajo que afecten a trabajadores de empresas del país vecino, siendo notificados de oficio inmediatamente de un país a otro.
- Permiso de trabajo de ciudadanos extracomunitarios.
- Citaciones, solicitudes de documentación, notificación de requerimientos y demás actuaciones:
 - Información en caso de dificultades en la localización de una empresa e identificación de su representante legal.
 - Colaboración de la autoridad regional del otro lado de la frontera.
 - Notificación de actas de infracción a través de los Consulados o Sección Consular.
- Información sobre los flujos de trabajadores e identidad de los trabajadores que se desplazan para ser analizada periódicamente.
- Datos personales y profesionales de los trabajadores.
- Posible compatibilización de la percepción del subsidio por desempleo en el país de origen y el trabajo retribuido en el país vecino o viceversa.
- Comunicación directa entre las autoridades regionales limítrofes.

14. LAS GRANDES ESTRUCTURAS DE COOPERACIÓN TRANSNACIONALES

No nos vamos a referir, por no ser objeto de este estudio, a los Comités europeos, como el Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo (SLIC, en sus siglas en inglés), al Comité de expertos en materia de Desplazamientos Temporales de Trabajadores, a la Plataforma de Trabajo no declarado o a la Comisión administrativa de la Seguridad Social. Además, algunos de ellos están llamados a desaparecer una vez que se ponga en funcionamiento la nueva agencia Autoridad Laboral Europea, que pasamos a examinar.

14.1. La ELA

Cuando el epígrafe de este apartado utiliza el adjetivo “grandes” es porque nos estamos refiriendo a formas de cooperación que reúnen cuatro características específicas: son multidisciplinares (desplazamiento de trabajadores, empleo ilegal, Seguridad Social), son paneuropeas (los 28 Estados miembros), tienen base legal (una Directiva o un Reglamento de la Unión Europea) y tienen vocación de permanencia en el tiempo. La Comisión Europea propuso al Consejo y Parlamento Europeos un Reglamento la creación de la *Autoridad Laboral Europea* (13.3.2018 COM (2018)

131 final⁸⁷). Esta Agencia (ELA, por sus siglas en inglés) fue anunciada en septiembre de 2017, y una iniciativa legislativa sobre la misma fue presentada el 13 de marzo de 2018. La creación de la Autoridad Laboral Europea obtuvo acuerdo en COREPER a principios de 2019, y se va a adoptar finalmente por el Parlamento Europeo y el Consejo. Está previsto que la ELA comience a trabajar en 2019 y alcance plena capacidad operativa en 2023.

La misión de esta Autoridad es velar por el cumplimiento de la normativa europea en materia de desplazamientos temporales de trabajadores y materias relacionadas. El papel fundamental de ELA será fomentar la movilidad transnacional de trabajadores, facilitar la información para empleadores y trabajadores, apoyar la cooperación entre Estados Miembros en la labor de exigir el cumplimiento de la normativa, incluyendo la organización de inspecciones conjuntas, así como mediar en los conflictos transnacionales entre Estados y disrupciones en el mercado laboral.

La ELA tendrá como una de sus funciones primordiales la de facilitar información a empleadores y trabajadores sobre sus derechos en situaciones de movilidad transnacional, fomentar ésta, sobre las condiciones de trabajo en los distintos Estados miembros, así como sobre las obligaciones en materia de libre movimiento de trabajadores y trabajadores desplazados. También la ELA tiene como objetivo ayudar a los Estados a implantar sus sistemas de información, a racionalizar y promover el empleo de trabajadores y la formación de los “*trainees*” o aprendices -haciendo ajustar ofertas y demandas a través de la red EURES-, cooperar con otras agencias con competencias en materia de empleo como la Red Europea de Servicios Públicos de Empleo, la Red Europea de Empresas y los Puntos Focales Fronterizos para vencer los obstáculos de la movilidad transnacional.

Finalmente, debe indicarse que se creó, por Decisión de la Comisión (UE) 2018/402, de 13 de marzo de 2018, un Grupo Asesor Europeo para la Autoridad Laboral Europea, cuya función

es la de orientar y asistir a la Comisión acerca del rápido establecimiento y el futuro funcionamiento de la Autoridad Laboral Europea, si bien no participó en el proceso legislativo. En concreto, el Grupo se ha involucrado en el intercambio de las mejores prácticas y experiencias sobre cooperación en los ámbitos de la movilidad laboral transfronteriza y la coordinación de los Sistemas de Seguridad social. Está compuesto por un representante de cada uno de los Estados miembros, seis representantes de los interlocutores sociales a nivel de la Unión que también representen a los sindicatos y las organizaciones patronales, y un representante de cada agencia de la UE en el ámbito del empleo y los asuntos sociales (concretamente la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (*Eurofound*), el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (*Cedefop*), la Fundación Europea de Formación (ETF) y la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA).

14.2. Concertación de Inspecciones de Trabajo conjuntas en los distintos Estados miembros

Otra función importante de la ELA es la relativa a la concertación de inspecciones conjuntas. Éstas van a requerir un acuerdo entre los Estados miembros participantes, que pueden organizarse de forma rápida y utilizando un modelo de acuerdo que expedirá la propia Autoridad.

La ELA proveerá apoyo técnico y logístico en materia de intercambio de información y cooperación entre los Estados miembros y de inspecciones conjuntas o acciones concertadas (en especial servicios de traducción o interpretación) y su personal puede participar en las mismas, previo acuerdo del Estado anfitrión. De la actuación inspectora conjunta debe informarse posteriormente a la ELA. Las inspecciones conjuntas se realizarán sobre la base de acuerdos entre los Estados miembros y la ELA, que apoyará estas acciones concertadas proveyendo intérpretes y otros medios logísticos o técnicos, pudiendo participar en las inspecciones conjuntas personal de ELA.

Una cuestión que no parece haber resuelto la propuesta de Reglamento es la relativa a las funciones que tienen los inspectores de otros

⁸⁷ Disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-131-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

Estados distintos al Estado anfitrión y del personal de la ELA. En principio parece obvio que no podrían realizar actuaciones con efectividad jurídica en un Estado distinto al suyo.

14.3. Movilidad transnacional y evaluación de riesgos (artículo 11)

La función de la ELA también será llevar a cabo análisis y evaluaciones de riesgos relativos al flujo laboral transnacional, a los desequilibrios del mercado laboral europeo y a los riesgos sectoriales. Para ello, la Autoridad se servirá de las experiencias de otras Agencias o servicios europeos (Agencia de Dublín *EUROFOUND*), incluyendo los que tienen competencias en materia de seguridad y salud laboral (*SLIC*, Agencia de Bilbao, Comité Consultivo de Luxemburgo, etc.). La ELA podrá valerse de sinergias de otras agencias e instituciones europeas en materia de seguridad y salud laboral, reestructuración de empresas o trabajo no declarado e integrará algunos de los comités actualmente existentes, que dejan de existir (v.gr. Comité de Expertos en materia de Desplazamiento Temporal de Trabajadores; Plataforma Europea para la Lucha contra el Trabajo no Declarado).

La ELA también tendrá una importante función en material estadístico, recolectando todos los datos e información y compartiendo estas estadísticas con *EUROSTAT*.

14.4. Otras funciones.

La ELA también puede elaborar guías de inspección, en especial cuando se trate de materias con relevancia transnacional, definición de conceptos comunes, etc. Fomentará igualmente el intercambio de funcionarios, de información y prácticas, la formación o la realización de campañas de sensibilización para empresarios y trabajadores.

También podrá mediar en conflictos que surjan entre los Estados miembros y proveerá apoyo técnico en la resolución de conflictos interestatales. Una cuestión aquí importante es examinar si esta mediación se podrá extender a los conflictos originados con los Certificados A1 o seguirá siendo la Comisión Administrativa de la Seguridad Social la competente.

Por último, la ELA trabajará para mejorar la interoperabilidad entre los Estados miembros y entre agencias y servicios competentes y cooperará con ellos dentro del Marco Europeo de Interoperabilidad y de la referencia de Arquitectura Europea de Interoperabilidad (*European Interoperability Framework* y *European Interoperability Reference Architecture* –Decisión (EU) 2015/2240 del Parlamento y del Consejo). Asimismo, la ELA prestará apoyo a la Comisión Administrativa para la Coordinación de la Seguridad Social, en particular en materias financieras relacionadas con la coordinación de la Seguridad Social, y promoverá el uso de herramientas tecnológicas como IMI o EESSI.

14.5. Estructura y organización.

Se prevé una estructura de unos 140 empleados, algunos de ellos comisionados por parte de los Estados miembros, y actuando como oficiales de enlace. La Autoridad estará dirigida por un Consejo de Dirección, con representantes de cada Estado Miembro y de la Comisión Europea, y un grupo de interés que incluya a los agentes sociales y que tendrá funciones de asesoramiento y consejo. Se estima que la Agencia tendrá un presupuesto anual de 50 millones de euros.

14.6. La Autoridad Laboral Europea y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

Una de las cuestiones que fue criticada por algunas delegaciones que negociaron la propuesta en el Consejo es la relativa al respecto del principio de subsidiariedad. Así, tanto el parlamento sueco (Riksdag)⁸⁸ como el Parlamento polaco (Sejm⁸⁹), ya señalaron algunos que la iniciativa puede invadir competencias exclusivas de los Estados miembros, comporta un riesgo de solapamiento entre las funciones de la Autoridad Laboral Europea y otras entidades europeas y plantea dudas sobre el valor añadido de la propuesta y de las inspecciones conjuntas. Se abogó también por una

⁸⁸ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9044_2018_INIT&from=EN

⁸⁹ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9061_2018_INIT&from=EN

mejor definición de las funciones de la ELA relacionadas con EURES, y se ha criticado el riesgo de cargar a los Estados miembros con nuevas tareas adicionales y la falta de concreción en algunos aspectos, etc.

Sin embargo, otros Parlamentos, como el Parlamento Portugués no ha encontrado problemas de subsidiariedad o proporcionalidad⁹⁰. En Rumanía, el Senado tampoco ha denunciado vulneración de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, aunque recomienda regular con más en detalle aspectos relacionados con la coordinación entre ELA y la red EURES⁹¹.

14.7. Otros problemas que plantea la ELA

Los primeros informes de progreso del Grupo de Asuntos Sociales (concretamente el primero, que aborda impresiones sobre el Estudio de Impacto)⁹² apuntaron a dudas sobre la base legal de algunas materias importantes en la ELA, tales como la movilidad intracomunitaria de trabajadores de terceros países, los equipos conjuntos de inspección y las labores de mediación de la Autoridad. Otros asuntos que han levantado recelos en las delegaciones han sido los relativos al solapamiento de tareas y funciones en la organización institucional europea y lo innecesario de una nueva estructura cuando las actuales (o algunas) funcionan satisfactoriamente.

Una pregunta importante es cómo van a integrarse los distintos grupos que van a desaparecer –Comité de Expertos en materia de desplazamientos Temporales de trabajadores y Plataforma de Trabajo no Declarado o cómo van a trabajar conjuntamente las que no desaparecen – Comisión Administrativa de la Seguridad Social, EURES, Comité Técnico para el Libre Movimiento de Trabajadores⁹³. El

primer informe de progreso del Consejo sobre la iniciativa legislativa ya ha destacado el papel de la ELA para aunar el trabajo operativo y técnico de las citadas entidades europeas, sin impacto en la legislación social, sino sólo orientada a apoyar a los Estados en el cumplimiento de la normativa europea. El Informe de Progreso señala la necesidad de definir el papel de las entidades que no desaparecen y alerta sobre el riesgo para los Estados miembros de perder influencia y tener que asumir nuevas cargas. De manera especial, las delegaciones plantean dudas respecto a las inspecciones conjuntas⁹⁴.

14.8. La posición de España

Las Cortes españolas emitieron su opinión el pasado 10 de mayo de 2018⁹⁵, señalando que existe un problema importante de dumping social, en especial en el sector de transporte, en el que los salarios de los trabajadores del sector en Rumanía y Bulgaria viene a ser entre 4 y 6 veces menor que el español (posición en cierta medida contradictoria en relación con la exclusión del sector de transportes de la Directiva 2018/957/UE, en la que el Gobierno español pidió una solución específica para el sector de transportes y no la aplicación estricta de la Directiva 2018/957/UE⁹⁶).

A este respecto, la situación, además, tiene otro aspecto negativo y es el relativo a la pérdida de ingresos por la Hacienda pública, ya que estas empresas se domicilian en aquellos países pagando sus impuestos allí y no en España. No obstante, hay que tener en cuenta que la creación de filiales

⁹⁴ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9659_2018_INIT&from=EN

⁹⁵ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_10149_2018_INIT&from=EN

⁹⁶ La delegación española presentó un "no-papel" proponiendo solución específica para el sector transporte (Bruselas, 07 Junio 2017; ref. WK 6248/2017 REV 1); además, ver información sobre declaraciones de la Ministra Fátima Báñez en La Vanguardia (<https://www.lavanguardia.com/vida/20171023/432302403437/espana-pide-soluciones-especificas-para-transporte-en-normas-para-desplazados.html>) o en Europapress (<http://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-banez-pide-solucion-especifica-transporte-normas-trabajadores-desplazados-20171023120937.html>).

⁹⁰ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9725_2018_INIT&from=EN

⁹¹ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_10149_2018_INIT&from=EN

⁹² https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9659_2018_ADD_1&from=EN

⁹³ Resumen de respuestas al cuestionario sobre el "estudio de Impacto" por las delegaciones en el Grupo de Asuntos Sociales; https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9659_2018_ADD_1&from=EN

españolas en países como Rumanía o Bulgaria ha permitido su supervivencia de esas empresas españolas de transportes y su irrupción en nuevos mercados, no siendo fácil de pronosticar su destino si empresas rumanas o búlgaras se hubieran hecho con el control de este flujo de transporte internacional; de otra, no puede analizarse la situación de igual manera si estas empresas han adaptado a la mano de obra española -conductores españoles- al cabotaje doméstico o simplemente han prescindido de la misma, lo cual no sería deseable.

En fin, se trata de un asunto no exento de polémica, al que se añade un vacío legal importante y que de momento ha permitido a estas empresas españolas desarrollar su actividad en estos países sin temor a ser sancionadas. Se trata de que la Directiva 96/71/CE nunca se aplicó al sector de transportes internacional⁹⁷ ni tampoco se ha incluido en el ámbito de aplicación de la nueva Directiva 2018/957/UE, dejando la regulación del mismo a otras normas del llamado “*mobility package*”. Cuestión distinta sería, en cambio, si se utilizan estas filiales para realizar transporte de cabotaje en España, lo que estaría prohibido por las Directivas europeas que incluyen al cabotaje dentro de su campo de aplicación y penalizan el fraude de las llamadas empresas buzón.

15. COOPERACIÓN AVANZADA ENTRE LAS INSPECCIONES DE TRABAJO EN EUROPA. LOS ESPACIOS PANEUROPEOS DE COOPERACIÓN MULTIDISCIPLINAR

La cooperación avanzada es especialmente importante y eficaz en las zonas fronterizas, aunque no exclusivamente. Un ejemplo de situaciones en las que sería necesaria una

cooperación avanzada en el de los “*hubs*” de empresas buzón. Por “*hubs*” de empresas buzón han de entenderse determinados nichos de empresas buzón que han surgido en zonas limítrofes entre dos países y que se organizan en torno a una asesoría legal o gestoría con domicilio en la zona limítrofe de uno de los Estados miembros. En el caso de la zona limítrofe con Francia (provincia de Girona), la gestoría o asesoría legal se ubica frecuentemente en una oficina situada en un polígono industrial cercano a la frontera. A su entrada suele colgarse un panel en el que se incluye un listado de todas las empresas francesas que tienen domicilio social en ese lugar. El objetivo es facilitar a empresarios franceses la utilización de mano de obra en Francia procedente o contratada en España o, a la inversa, utilizar trabajadores españoles para realizar trabajos en España en vez de desplazar temporalmente a trabajadores franceses. Las razones radican en el menor coste salarial o de Seguridad Social que tienen los trabajadores españoles respecto a los franceses. Las empresas utilizan el mecanismo de desplazamiento transnacional de la Directiva 96/71/CE, desplazando a los trabajadores con la expedición del certificado A1, de cuya tramitación se encarga la citada gestoría o asesoría legal.

Suele tratarse de empresas pequeñas y la actividad de las mismas es frecuentemente construcción, montajes, forestal o determinados servicios. Estas empresas no tienen un centro de actividad en España, sino sólo un domicilio social, que además es coincidente con el domicilio de la asesoría o gestoría. Parte de la administración (inscripción, altas censales, altas en la Seguridad Social, constitución, etc.) o la gestión (recibos de salarios, certificados A1, cambios en Seguridad Social, cotizaciones, declaración de impuestos, etc.) se realizan a través de la gestoría salvando las dificultades propias que encontraría el empresario extranjero en nuestro país (idioma, desconocimiento de trámites y procedimientos en España, etc.).

En la propia gestoría se agrupan (*hub*) distintas empresas y en ella se centraliza la gestión de todas ellas. Este tipo de organizaciones, que la Inspección de Trabajo tendrá que investigar, implica un fraude a la Directiva 96/71/CE y a la Directiva 2014/67/

⁹⁷ Conforme al documento de trabajo SEC (2006) 439, de 4 de abril de 2006 [COM (2006) 159 final]; véase con más detalle en Pablo PÁRAMO MONTERO, “La nueva Directiva 2014/67/UE sobre el desplazamiento temporal de trabajadores”; Revista Trabajo y Derecho nº 3, marzo 2015; pág.58.

UE. Debe indicarse que este negocio no será igual de rentable una vez se transponga por los Estados miembros la Directiva 2018/957/UE, que establece igual salario igual trabajo, aunque los costes de seguridad social de España seguirán siendo más atractivos para este tipo de empresas.

La ELA va a ser un avance que, si llega finalmente a crearse, deslucirá cualquier acuerdo bilateral o multilateral de cooperación en materia de desplazamientos de trabajadores transnacionales. No obstante, no cabe duda de que los Estados miembros han avanzado con mucha rapidez en los últimos años en materia de cooperación tanto a escala legal como práctica. Hoy la Inspección de Trabajo no sólo cuenta o contará con herramientas muy útiles (IMI, ejecución transnacional de sanciones, Autoridad Laboral Europea, etc.), sino que han proliferado los acuerdos bilaterales y multilaterales. La cooperación entre las inspecciones de los Estados miembros no es hoy algo puntual, sino que tiende a convertirse en una práctica regular. Los equipos conjuntos de inspección creados entre Estados limítrofes comienzan a ser algo cotidiano. Y dentro de estos acuerdos los hay que establecen sistemas de cooperación avanzada.

Puede aludirse a varios ejemplos de esta cooperación avanzada. Uno de ellos ha sido la puesta en marcha durante el bienio 2016-2017 de la campaña ibérica de accidentes de trabajo, en el marco de la cual se han programado durante 2017 actuaciones inspectoras que incluyen visitas conjuntas entre inspectores de trabajo españoles y portugueses en las provincias limítrofes. Se acordó por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la *Autoridade para as Condições do Trabalho* (ACT) de Portugal el desarrollo de la campaña en pequeñas y medianas empresas, y en dos fases diferenciadas: a) Acciones de análisis, estudio y divulgación sobre siniestralidad laboral en ambos países; b) Actuaciones inspectoras que incluirían en las provincias limítrofes visitas conjuntas entre inspectores de trabajo españoles y portugueses. La primera fase incluía la participación de inspectores de ambas partes en jornadas de trabajo, seminarios, etc. relacionados con la campaña ibérica; la segunda consistía en la programación de

inspecciones conjuntas dirigidas a la investigación de accidentes de trabajo en territorio español o en territorio de Portugal. La operativa y comunicaciones se realizarían a través de las respectivas Direcciones Territoriales de la ITSS y Direcciones de los Centros Locales de la ACT.

También cabe mencionar las actuaciones inspectoras que se programaron para inspeccionar de forma conjunta con la inspección francesa varios tramos de la obra de construcción del tren de Alta Velocidad Madrid-Irún o el túnel de Perthus en Girona.

Por lo tanto, puede hablarse de espacios bilaterales de cooperación y del espacio común europeo (fundamentalmente las estructuras europeas transnacionales), pero también en los últimos años han surgido los “espacios paneuropeos multidisciplinares”. El ejemplo más importante es la experiencia realizada en Luxemburgo en julio de 2012 y conocida como la “Operación de Alto Impacto Internacional Euro-Fénix”. Esta operación, patrocinada por la Inspección de Trabajo y Minas de Luxemburgo contó con la participación de las Inspecciones de Trabajo de cuatro países, además de Luxemburgo (Francia, Bélgica, Polonia y Portugal). En la operación se formó una estructura interadministrativa en Luxemburgo, CIALTI (Célula Administrativa para Combatir el Empleo Ilegal) apoyada por inspectores de trabajo de varios países, integrada en total por 47 funcionarios y agentes que inspeccionaron sistemáticamente las obras de la universidad de Luxemburgo “*Maison du Savoir*”. Las Inspecciones cubrieron distintas áreas como seguridad y salud laboral, empleo irregular, posibles situaciones de dumping social en empresas con trabajadores desplazados temporalmente, impuestos, permisos de residencia de trabajadores extranjeros, Seguridad Social.

Los integrantes de la operación fueron, además de inspectores de trabajo de los cinco países (Francia, Bélgica, Luxemburgo, Polonia y Portugal), cinco agentes de Aduanas, nueve de la Policía, dos de la Seguridad Social, dos de la Unidad Antifraude del IVA y dos agentes de la Oficina de Desarrollo del Empleo.

Se inspeccionaron a un total de 105 trabajadores, incluyendo a 24 trabajadores desplazados desde otros Estados, y 30 trabajadores a tiempo parcial. Se detectaron infracciones graves y se tomaron medidas en materia de seguridad y salud en el trabajo. Asimismo, se comprobaron infracciones por la omisión de la declaración previa de tres empresas de otros Estados con trabajadores desplazados y por falta de notificación de algunos trabajadores en la declaración previa por parte de una empresa y ausencia de certificado A1 en un caso. En cambio, no se detectaron irregularidades relacionadas con impuestos o permisos de residencia.

16. ¿UNA INSPECCIÓN DE TRABAJO EUROPEA? EL NACIMIENTO EMBRIONARIO DE UN EURO-CUERPO SOCIAL PANEUROPEO

La conclusión de la operación Euro-Fénix fue que la cooperación internacional e interadministrativa es la mejor respuesta al grado de sofisticación de las estructuras internacionales que usan a trabajadores migrantes y se aprovechan de la precariedad en el empleo. También se concluyó que eran necesarias algunas medidas de facilitación de las inspecciones, como por ejemplo el uso de intérpretes o financiación extraordinaria. Finalmente, el informe que elabora la Inspección de Trabajo y Minas de Luxemburgo señala que *“los diferentes participantes especializados sin duda saben ahora que pertenecen a una especie de Euro-cuerpo Social Paneuropeo”*.⁹⁸

Las experiencias de cooperación descritas anteriormente invitan a pensar que la cooperación no tiene límites y que progresivamente es más necesaria desde el momento en que los movimientos transnacionales de empresas crecen exponencialmente. Y si bien decir que la cooperación no tiene límites es una gran frase en sí misma, sin embargo la realidad es que sí existen límites. Hay dos límites muy importantes que son imposibles de superar: la potestad de control y sanción de cada Estado

miembro en su territorio; y la protección de datos personales. Estos límites, por otra parte, son lógicos pues en el primero se juegan los Estados su soberanía nacional y en el segundo los ciudadanos su derecho fundamental a la intimidad. La soberanía en el control e inspección de un Estado en su territorio se ha puesto de manifiesto en las primeras lecturas de la Propuesta de Reglamento sobre la Autoridad Laboral Europea, en la que la organización de inspecciones conjuntas ha levantado algún que otro sarpujido en las delegaciones del Grupo de Asuntos Sociales del Consejo (*vide supra*). Y la preocupación por la protección de datos personales se ha hecho patente en el propio proyecto normativo, en el cual se incide en la necesidad de realizar los intercambios de información exclusivamente a través del sistema IMI, en el cual la transmisión de datos personales tiene cobertura legal (Reglamento (UE) No 1024/2012, del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre de 2012).

Sin embargo, no sería la primera vez que los Estados miembros pierden parcelas de soberanía nacional para lograr mejoras en la Unión. Pensar en una Inspección de Trabajo europea para temas y áreas determinadas no resulta hoy tan descabellado como hace unos años. La cada vez mayor transnacionalidad de las empresas y la movilidad geográfica creciente de los trabajadores invitan a pensar que se irá progresivamente haciendo necesaria una inspección cada día más multidisciplinar, cada día más paneuropea y cada día más global. Experiencias con la descrita “Operación Euro-Fénix” o iniciativas como la ELA no constituyen sino manifestaciones de movimientos embrionarios de esa inspección europea. ¿Habrà que ser paciente y esperar unos años para poder presenciar su nacimiento o se trata sólo de una quimera sin base práctica y real? El tiempo lo dirá.

17. DESAFÍOS Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA EL FUTURO EN ESPAÑA

Nuestro ordenamiento jurídico tiene como meta más cercana la transposición de la nueva Directiva 2018/957/UE, y deberá analizarse por las autoridades españolas el impacto que la Directiva y su nuevo princi-

⁹⁸ http://www.eurodetachment-travail.eu/synthese/agir-au-plan-transnational/bilateral_agreements_portugal.pdf

pio “*igual salario-igual trabajo*” tiene en el flujo de movimientos transnacionales desde y hasta nuestro país. Se ha de tener en cuenta que España, tradicionalmente un país importador de mano de obra temporal de otros Estados miembros, se ha convertido en lo contrario en los últimos años, al calor de la crisis financiera que se inició en 2008. En efecto, en 2016 España emitió certificados A1 para desplazar a 100.469 (94.689 por cuenta ajena más 5.780 autónomos), con un fuerte crecimiento de esta cifra respecto a los años anteriores. Los certificados A1 de trabajadores desplazados recibidos en España fueron 52.353, lejos de los 60.304 que tuvo en 2010, aunque desde 2011 esta cifra se ha ido recuperando en paralelo con la recuperación económica en Europa⁹⁹.

Por lo tanto, España ha tenido en recientes años un balance neto negativo de 48.116 certificados (más certificados A1 expedidos para trabajadores desplazados a otros Estados que recibidos de estos Estados), por lo que ha sido en esos años un país más exportador que receptor de mano de obra temporal. Esto implica que la Directiva 2018/957/UE representará un mayor coste para las empresas españolas que desplazan a trabajadores a otros Estados miembros¹⁰⁰. El análisis de esta Directiva tendrá que examinar si el flujo exportador o importador se reduce o crece tras la transposición de la Directiva en perímetro macroeconómico constante.

Un desafío importante será igualmente potenciar el intercambio de información con otros Estados miembros sobre los servicios y trabajadores que los prestan a través de plataformas electrónicas que asumen dichos servicios como propia actividad, es decir, que no pueden considerarse sociedades de la información. Teniendo en cuenta el desarrollo

imparable y enormemente dinámico de estas plataformas, las autoridades españolas tienen ante sí el reto de adaptar la legislación a este tipo de actividad y realidad económica y combatir el fraude en el que incurren determinadas plataformas en materia laboral y de Seguridad Social. Cuestiones relacionadas con el domicilio o establecimiento de las plataformas, lugar de prestación de los servicios, existencia de instalaciones, contratación a distancia y online, situación precaria de los empleados de internet, clasificación indebida de los mismos en el régimen de trabajadores autónomos, firma telemática de contratos, etc. Todo ello debe ser abordado en el marco de nuevas normas y de forma paralela deben maximizarse las herramientas de intercambio de información con otros Estados miembros en este campo. A este respecto es absolutamente necesario que el Organismo Autónomo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se registre, junto a otras autoridades españolas, como usuario en el nuevo módulo general de IMI para la Directiva e-Comercio.

El Organismo Autónomo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe, asimismo, adoptar instrucciones claras y criterios técnicos para la actuación de la Inspección de Trabajo en los casos en los que se comprueban situaciones de trabajadores que prestan servicios en España pretendidamente como trabajadores desplazados temporalmente, pero en fraude de las Directivas europeas. Los conflictos que en estos casos se generan con los certificados A1 son importantes y es precisa la unidad de actuación e interpretación, así como el establecimiento de un protocolo o cauce de actuación que involucre al Estado miembro en el que se han emitido tales certificados. En esta área es importante realizar un seguimiento activo del proceso legislativo de reforma de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 en el Consejo.

La creación de la ELA -Autoridad Laboral Europea- es un asunto de máxima prioridad. Tanto el Ministerio como el Organismo Autónomo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberán seguir muy de cerca el desarrollo de esta nueva estructura transnacional. Debe abordarse una participación activa y proactiva tanto en la implementación legislativa como en el proceso de creación de

⁹⁹ Ver fuente del Parlamento Europeo en <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20171012ST085930/trabajadores-desplazados-datos-y-reforma-de-la-normativa-infografia>

¹⁰⁰ European Commission; Frederic De Wispelaere & Jozef Pacolet – HIVA-KU Leuven; “Report on A1 Portable Documents 2016”, Diciembre 2017; págs. 15, 18 y 22; disponible en http://ec.europa.eu/social/main.jsp?advSearchKey=ssc_statsreport&mode=advancedSubmit&catId=22&tpolicyArea=0&policyAreaSub=0&country=0&year=0

la Autoridad, así como en su posterior implantación y funcionamiento.

También deben ensancharse los cauces de cooperación transfronteriza, en especial con Francia y Portugal, aunque no exclusivamente, mediante la adopción de marcos de cooperación mejorada, sirviéndose de la herramienta IMI a fin de contar con el amparo legal necesario. Debe trabajarse en el desarrollo de bases de datos compartidas con otros Estados sobre empresas y trabajadores desplazados, así como resultados de inspección.

Un aspecto clave será el desarrollo de una web de información única y nacional para empresas y trabajadores desplazados que contenga la mayor información sobre las normas que deben respetarse en España en materia laboral. Será importante reflejar los salarios establecidos por ley o por convenios colectivos, al menos en aquellos sectores en los que se produzca mayor flujo de entrada de trabajadores temporalmente desplazados desde otros Estados miembros. La traducción de esta web al inglés o al idioma de algún Estado con mayor presencia en España constituirá una facilidad añadida para que estas empresas decidan prestar servicios en España, creando así riqueza y sinergias en la economía y el empleo. La aplicación de la nueva Directiva y su

principio igual salario-igual trabajo evitará el “*dumping social*” y posibilitará la igualdad de condiciones de las empresas españolas, aunque será importante orientar la oferta de empresas de otros Estados hacia sectores o actividades en las que exista menor presencia de empresas españolas o menos demanda de empleo. El conocimiento de la normativa española también facilitará sinergias para incrementar la contratación de empresas españolas para prestar servicios en otros Estados miembros.

Finalmente, a fin de combatir el fraude de empresas buzón y los “*hubs*” buzón en zonas fronterizas será imprescindible crear espacios de cooperación avanzada con los dos Estados limítrofes -Francia y Portugal-, aunque no exclusivamente, pudiendo incluir otros Estados (p.ej. Rumanía) desde los que viene un intenso flujo de mano de obra temporal. Estos espacios de cooperación europea deberán incluir programas de intercambio de funcionarios, programas conjuntos de inspección, creación de equipos de inspección conjunta, formación de estructuras bilaterales y permanentes de coordinación y evaluación, intercambio de información y documentos, etc. Esta cooperación podrá desarrollarse en el marco y bajo el paraguas del sistema IMI y de la nueva Autoridad Laboral Europea.

ABREVIATURAS

ACT, Autoridade para as Condições do Trabalho

CE, Comunidad Europea

CCAA, Comunidades Autónomas

CEDEFOP, Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional

EC, European Community

CIANTI, Célula Administrativa para Combatir el Empleo Ilegal

ECJ, European Court of Justice

EEE, Espacio Económico Europeo

EEMM, Estados Miembros

ELA, Autoridad Laboral Europea (European Labour Authority)

ETF, Fundación Europea de Formación (European Training Foundation)

EUROFOUND, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo

GAS, Grupo de Asuntos Sociales del Consejo

EU-OSHA, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo

GBCT, Groupement Benelux de coopération territoriale

IICs, Institución de Inversión Colectiva (fondos de inversión)

IMI, Internal Market Information System

JAI, Justicia y Asuntos Internos

LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial

LJS, Ley 36/2011, de jurisdicción social

LGSS, Ley General de la Seguridad Social

RDL, Real Decreto Ley

TCE, Tratado de la Comunidad Europea

TFUE, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

UE, Unión Europea

TUE, Tratado de la Unión Europea

RESUMEN

El presente estudio aborda un amplio espectro de temas relacionados con la cooperación en materia de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios en la Unión Europea. Para elaborar el estudio se ha realizado un análisis detallado y metódico de las diferentes fuentes legales, tanto europeas como nacionales, así como la jurisprudencia que ha habido hasta la fecha. Igualmente, se han tenido en cuenta la literatura relevante y la enorme información que aparece en las distintas webs de la Unión Europea, así como en otras fuentes útiles como la de *Eurodetachment*.

En primer lugar, se trata la cuestión no poco importante de la competencia de las autoridades judiciales y administrativas españolas en territorio español. Se destaca en este punto la preponderancia del criterio *loci laboris*, contenido tanto en el Reglamento Bruselas I como en la normativa española. En efecto, tanto los tribunales españoles como los órganos administrativos competentes, como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pueden afrontar dificultades de distinta naturaleza en el ejercicio de sus competencias cuando existe un elemento transnacional en la prestación de servicios de los trabajadores y/o de la empresa. La cuestión se plantea en dos planos diferentes, cuando los hechos ocurren en territorio extranjero, pero la empresa y los trabajadores son españoles, o cuando los hechos ocurren en territorio español, pero los trabajadores y la empresa proceden de otro Estado de la Unión Europea.

A las cuestiones competenciales se unen las relativas a las normas de conflicto y a la ley aplicable en caso de desplazamiento temporal de trabajadores, a cuyos efectos se ha de tener en cuenta tanto el Reglamento Roma I, como el Reglamento Comunitario 883/2004, de 29 de abril de 2004, para aspectos de Seguridad Social. Los conflictos judiciales de competencia y de legislación aplicable surgidos recientemente en distintos Estados miembros, incluida España, en relación con determinadas compañías de líneas aéreas dan muestra de las dificultades que pueden surgir al respecto.

El estudio igualmente aborda la problemática de los certificados A1, en especial en aquellos casos en los que no funciona correctamente el procedimiento de conciliación previsto en los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social, de tal manera que recientemente han tenido que intervenir los tribunales de algún Estado miembro, y del Tribunal Europeo de Justicia, para poder dirimir el litigio que surge cuando no se establece una cooperación adecuada en el plano administrativo.

El estudio también se centra en la novedad que representa desde hace unos pocos años que sea posible en el seno de la Unión Europea el reconocimiento de sanciones administrativas y su ejecución en el ámbito de los desplazamientos temporales de trabajadores. Es importante destacar que esta posibilidad de ejecución transfronteriza de sanciones constituye un avance muy importante en la Unión Europea. Y también es igualmente importante destacar que este procedimiento es independiente del establecido para las sanciones de naturaleza penal, que se regula en la Decisión Marco 2005/214/JIA. Por otra parte, el estudio deja claro que no es posible la ejecución transfronteriza de sanciones administrativas sin cumplimentar el certificado uniforme que aparece en la Directiva 2014/67/UE, y sin seguir el canal de IMI (Internal Market Information System).

El estudio profundiza también en las características y posibilidades del sistema IMI, su ámbito de aplicación, la información que puede intercambiarse y las actuaciones que pueden solicitarse a través del sistema.

Por otra parte, se aborda un tema de tanta actualidad como el de las sociedades de la información y la economía de plataformas, así como su dimensión transnacional, área en la que también se producen conflictos de ley laboral aplicable y cuestiones de competencia judicial y administrativa.

Asimismo, se abordan las distintas y numerosas estancias europeas de intercambio de información y de cooperación en materia social y de Seguridad Social, como el EESI (Intercambio Electrónico de Información sobre Seguridad Social) el MISSOC (sistema de Información Mutua en Protección Social, Information System on Social Protection), el FreSsco (Free movement of workers and Social security coordination), SOLVIT, EURES o YOUR EUROPE.

El estudio analiza además el sistema de información en España en materia de desplazamientos y los mecanismos de intercambio de información directos entre la Inspección de Trabajo española y las de otros Estados miembros, así como los acuerdos bilaterales y multilaterales en materia de desplazamientos temporales, cuya base legal se encuentra en la Directiva 2014/67/UE. También se analizan los cauces de cooperación avanzada entre las Inspecciones de Trabajo en Europa o también llamados espacios paneuropeos de cooperación multidisciplinar.

Por último, se estudia el tema de las grandes estructuras de cooperación transnacionales europeas, como la Autoridad Laboral Europea, que va a ser una referencia de cooperación de primer orden, en especial para las Inspecciones de Trabajo de los Estados miembros, con funciones de coordinación, de asistencia y estudio.

En definitiva, el presente estudio constituye una aportación de información y datos sobre la situación actual y perspectivas de cooperación europea en materia de desplazamiento temporal de trabajadores. Refleja los importantes avances que ha habido en los últimos años y las debilidades que aún persisten en el sistema de cooperación, o las dificultades que derivan de la dimensión transnacional de un fenómeno que cada día es más frecuente en la Unión Europea.

Palabras clave: Desplazamiento temporal de trabajadores; cooperación; dimensión transnacional; ejecución transfronteriza; normas de conflicto; intercambio de información; Autoridad Laboral Europea.

ABSTRACT The present survey tackles a broad range of matters related to cooperation on posting of workers in the framework of a provision of services in the European Union. The approach of the different issues is based in a detailed and thorough analysis of the various legal sources, both at national and European level, as well as current relevant judicial decisions. Equally, substantial literature on the matter and the huge information contained in the EU webs, as well as other useful webs such as Eurodetachment, have been taken on board.

The first part of the survey focuses on the issue of competence of the Spanish judicial and administrative authorities. At this respect, it is noted the prevalence of the criterion *loci laboris*, contained in the Brussels I Regulation and in the Spanish legislation. Actually, the Spanish courts and administrative authorities, such as Labour Inspection, face hurdles of different nature in the exercise of their duties where a transnational element is met in the provision of service and posting of workers. The question appears in a two-tier approach, where the facts take place in foreign territory being the company and workers Spanish, or where the facts occur in national territory being the employer and workers nationals of another Member State of the European Union.

Jointly with these questions related to conflicts of jurisdiction there are other issues of conflict-of-laws rule and law applicable in cases of posting of workers, in which the Regulation Rome I and the EU Regulation 883/2004, April 29th, for aspects related to Social security, should be taken into account. Conflicts of jurisdiction and of applicable legislation related to some flight companies that have recently risen in some Member States, including Spain, are a very expressive evidence of the difficulties that are embedded in transnational posting of workers and provision of services.

This survey tackles as well the problem of certificates A1, especially in cases where administrative cooperation and conciliation between Member States provided for in the EU Social Security Regulations do not work appropriately. This is the reason why some Member States' courts and the European Court of Justice have taken action in order to settle disputes.

The study also focuses on the innovation that since only some years ago represents the fact that today it is possible within the European Union to enforce in one Member State administrative sanctions that have been imposed in another Member State in the area of posting of workers.

It is important to highlight that this possibility of transnational enforcement of administrative fines represents a very important step forward in the European Union. It is also important to note that this procedure is different to that provided for criminal sanctions in the Framework Decision 2005/214/JIA. On the other hand, the survey makes it clear that transnational enforcement of administrative fines could not be feasible without completing the uniform certificate regulated in the Directive 2014/67/UE, and without following the channel and procedure established through IMI (Internal Market Information System). The study also goes in depth in the characteristics and potentials of the IMI system, its scope, the information that can be exchanged and the actions that can be requested through the system.

On the other hand, a current topic as information societies and platform economy is dealt with, including its transnational dimension, an area where conflict-of-law rules and jurisdiction conflicts are also frequent.

At the same time, the survey analyses the different and numerous European platforms of cooperation and Exchange of information in the social and Social

Security area such as EESI (European Electronic Exchange of Information on Social Security), MISSOC (Information System on Social Protection), el FreSsco (Free movement of workers and Social security coordination), SOLVIT, EURES or YOUR EUROPE.

The study further deals with the information system in Spain on matters related to posting of workers and the mechanisms of exchanging information between the Spanish Labour Inspection and the Labour Inspectorates and other administrative authorities of other Member States, as well as bilateral and multilateral agreements in the area of posting of workers, whose legal base is the Directive 2014/67/UE. The advanced cooperation between European Labour Inspectorates or the so-called Pan-European Multidisciplinary Cooperation Agreements are also dealt with. Last but not least, the study surveys at the relevant European transnational cooperation structures, such as the European Labour Authority, which is expected to become a first-rate baseline of cooperation in Europe, in particular for the Labour Inspectorates. This Authority will be entrusted with coordination, assistance and study functions.

In summary, the present survey is a contribution of information and data on the current situation and perspectives of European cooperation in the area of posting of workers. It reflects the main advances that have been carried out during last years and also de shortcomings that still persist in the cooperation system or de difficulties that derive from transnational dimension of an increasingly frequent phenomenon in the European Union.

Keywords: Posting of workers; cooperation; transnational dimension; cross-border enforcement; conflict-of-laws rule; exchange of information; European Labour Authority.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

II. Legislación

Crónica legislativa: la actividad de la Unión Europea. Especial atención a la movilidad de trabajadores*

Chronicle on legislation: the activity of the European Union. Special attention to posting of workers

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ**

SUMARIO: 1. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 1.1. Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018 que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. 2. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. 2.1. Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad. 3. POLÍTICAS DE EMPLEO. 3.1. Decisión (UE) 2018/1215 del Consejo de 16 de julio de 2018, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. 3.2. Reglamento (UE) 2018/1719 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1303/2013 en lo relativo a los recursos destinados a la cohesión económica, social y territorial y los recursos para el objetivo de inversión en crecimiento y empleo. 3.3. Reglamento (UE) 2018/1475 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de octubre de 2018 por el que se establece el marco jurídico del Cuerpo Europeo de Solidaridad y se modifican el Reglamento (UE) n° 1288/2013, el Reglamento (UE) n° 1293/2013 y la Decisión n° 1313/2013/UE. 3.4. Directiva 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018 relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones. 3.5. Decisión de ejecución (UE) 2018/1020 de la Comisión de 18 de julio de 2018 relativa a la adopción y la actualización de la lista de capacidades, competencias y ocupaciones de la clasificación europea a efectos de la puesta en correspondencia automatizada a través de la plataforma informática común del EURES. 4. TEXTOS PREPARATORIOS. 4.1. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Laboral Europea -COM (2018) 131-. 4.2. Reglamento (UE) 2018/1475 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de octubre de 2018, por el que se establece el marco jurídico del Cuerpo Europeo de Solidaridad y se modifican el Reglamento (UE) n° 1288/2013, el Reglamento (UE) n° 1293/2013 y la Decisión n° 1313/2013/UE.

* Esta crónica comprende las normas más relevantes de la Unión Europea publicadas entre los meses de junio y diciembre de 2018.

** Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela.

El año 2018 no pasará a la Historia por su abundante producción normativa en el ámbito social de la Unión Europea. Los proyectos de la Comisión avanzan con lentitud y sólo la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores destaca entre todos ellos. Es, sin duda, el texto más importante del año, en el que se aprecia que el Pilar Europeo de Derecho Sociales continúa sin asentarse.

Merece la pena subrayar la importancia de esta Directiva y los perfiles cambiantes de la movilidad de los trabajadores en la Unión Europea. Con el paso de los años, la gran libertad central del mercado que fue la libre circulación de personas ha dejado paso a la libre prestación de servicios. Como un síntoma más de la consolidación de la vertiente económica del Mercado Único, son las empresas las que se consolidan como un factor decisivo de movilidad frente a las decisiones individuales, amparadas por la otra libertad.

1. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1.1. Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018 que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios

Esta Directiva constituye, como ya se ha adelantado, la norma más relevante de las que componen el período temporal aquí comentado y responde a la necesidad de revisar y evaluar la efectividad de la Directiva 96/71/CE veinte años después de su aprobación. En esta verificación se da especial importancia al alcance del juego equilibrado entre dos principios *a priori* antagónicos, como son “la necesidad de fomentar la libre prestación de servicios y garantizar condiciones de competencia equitativa, por un lado, y la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores desplazados, por otro”.

El principio de igualdad de trato y la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad están consagrados en el Derecho de la Unión desde los Tratados fundacionales, e incluyen la prohibición de cualquier medida que discrimine directa o indirectamente por razón de la nacionalidad. Este principio adquiere particular importancia en el caso de los trabajadores desplazados que son trasladados temporalmente desde su lugar habitual de trabajo en el territorio del Estado miembro

de acogida a otro lugar de trabajo, y más aún cuando se trata de desplazamientos de larga duración, esto es, superiores a 12 o a 18 meses. Esta Directiva pretende garantizar que dichos trabajadores desplazados reciban un trato igual que los trabajadores locales de dicho Estado miembro, especialmente en materia salarial y condiciones de trabajo. Así, el considerando 9 dispone que “en el caso de que los desplazamientos se prolonguen durante más de 12 meses, los Estados miembros de acogida deben velar por que las empresas que desplazan trabajadores a su territorio garanticen a dichos trabajadores un conjunto de condiciones de trabajo adicionales que se aplican obligatoriamente a los trabajadores en el Estado miembro donde se efectúa el trabajo”. Obviamente, se descarta la posibilidad de que dicha protección pueda quedar exclusivamente en manos de la voluntad de las empresas que desplazan trabajadores al territorio de otro Estado miembro, de modo que “toda disposición aplicable a los trabajadores desplazados en el contexto de un desplazamiento superior a doce o, en su caso 18 meses debe, por tanto, ser compatible con dicha libertad de prestación de servicios”, que sólo admitirá limitaciones “por razones imperiosas de interés general y si son proporcionadas y necesarias” (Considerando 10). Especialmente importante es la previsión de que la igualdad de trato en las condiciones de trabajo adicionales que deben garantizar las empresas que desplazan trabajadores al territorio de otro Estado miembro no sólo beneficia a los trabajadores desplazados durante 12 o 18 meses,

sino también “a los trabajadores desplazados para sustituir a otros trabajadores desplazados que realicen el mismo trabajo en el mismo lugar” (Considerando 11). Al respecto, sólo se prevén normas específicas para los trabajadores dedicados al transporte internacional por carretera, debido a su elevada movilidad.

La indicada igualdad en las condiciones de trabajo comprende, de modo especial, el derecho a la remuneración, esto es, a percibir el mismo salario. Al efecto, se da especial importancia a los complementos específicos por desplazamiento. La Directiva trata de evitar la incertidumbre con respecto a qué elementos de dichos complementos están adscritos al reembolso de gastos realizados a causa del desplazamiento y, por ello, forman parte de la remuneración. Así las cosas, dispone, “debe considerarse que la totalidad del complemento e abona en concepto de reembolso de gastos, salvo que las condiciones de trabajo derivadas de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, los convenios colectivos, los laudos arbitrales o los acuerdos contractuales aplicables a la relación laboral determinen qué elementos del complemento están adscritos al reembolso de gastos realizados a causa del desplazamiento y cuáles forman parte de la remuneración”.

Los trabajadores desplazados tendrán derecho a recibir los mismos complementos o los mismos reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención por estancia) que los trabajadores locales. Para garantizar el adecuado cumplimiento de esta obligación, “es preciso que los elementos constitutivos de la remuneración puedan identificarse con suficiente detalle, de acuerdo con la legislación o las prácticas nacionales del Estado miembro desde el que ha sido desplazado el trabajador”. De estos complementos específicos quedarán excluidos los que forman parte de la remuneración al tratarse de gastos efectivamente realizados como consecuencia del desplazamiento, entre los que figuran, los gastos de viaje, alojamiento y manutención. Dichos gastos “deben tenerse en cuenta a efectos de comparación de los importes totales brutos de la remuneración”.

La Directiva es consciente del alto porcentaje de fraude relacionado con el despla-

amiento de trabajadores. De ahí que ordena a la “Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado”, establecida por la Decisión (UE) 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo, participar en el seguimiento y evaluación de los casos de fraude, mejorar el funcionamiento y la eficiencia de la cooperación administrativa entre Estados miembros, idear mecanismos de alerta y prestar asistencia y apoyo para el fortalecimiento de la cooperación administrativa y los intercambios de información entre las autoridades u organismos competentes. Además, se refuerza la dimensión transnacional de las inspecciones, dado el carácter, también transnacional, de ciertas situaciones de fraude y de abusos en relación con el desplazamiento de trabajadores.

Con la finalidad de cumplir los objetivos hasta aquí mencionados, la Directiva (UE) 2018/957 se compone de cinco artículos, entre los que destaca, tanto por su extensión como por su contenido, el primero de ellos. Así, este artículo 1 recoge las “Modificaciones de la Directiva 96/71/CE”. Los artículos modificados son los siguientes: el artículo 1 -que pasa a titularse “Objeto y ámbito de aplicación” y se le añaden los apartados 1 y 1bis-; el artículo 3 -se modifica sus apartados 1, al que se insertan los apartados 1 bis y 1 ter., 7, 8, 9 y 10-; el artículo 4.2; el artículo 5 -cuyo texto es completamente sustituido-; y las palabras introductorias del anexo.

Los siguientes artículos se dedican a los siguientes aspectos: “Revisión” (artículo 2) de la aplicación y cumplimiento de la Directiva por la Comisión. Antes del 30 de julio de 2023 esta habrá de presentar un informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación y puesta en marcha de la Directiva, que podrá incluir las modificaciones que considere necesarias respecto tanto de esta como de la anterior Directiva 96/71/CE.

El artículo 3 se dedica a la “Transposición y aplicación” de la Directiva. Este obliga a los Estados miembros a adoptar y publicar antes del 30 de julio de 2020 “las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva”, así como a comen-

zar a aplicar estas medidas a partir de dicha fecha. Hasta entonces, se recuerda que continúa siendo aplicable la Directiva 96/71/CE.

Dadas las especialidades que presenta el sector del transporte por carretera, el artículo 3.3 ordena su aplicación “a partir de la fecha de aplicación de un acto legislativo que modifique la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos del control del cumplimiento y que establezca normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de conductores en el sector del transporte por carretera”.

Finalmente, el artículo 4 ordena la entrada en vigor de esta Directiva a los 20 días de su publicación en el DOUE, que tuvo lugar el 9 de julio de 2018.

2. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El lento trámite de la propuesta de la Comisión sobre los permisos parentales ha provocado que el balance de este año se centre en el campo del *soft law*, en contraste con la gran riqueza normativa de tiempos pasados, en los que resultaba habitual la elaboración de importantes directivas en materia de igualdad y no discriminación.

2.1. Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad

El objetivo de eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y promover su igualdad no es ajeno al TFUE, pues figura expresamente recogido en su artículo 8. Al efecto, la Unión Europea tiene atribuida la posibilidad de adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual, dentro de los límites de las competencias atribuidas a la UE. Con esta finalidad, se aprobaron diferentes directivas en materia de igualdad, entre las que cabe destacar las 2000/43/CE, 2000/78/CE -en lo relativo al empleo, la ocupación y la formación profesional-, 2004/113/CE -en el acceso a bienes y servicios y su suministro-, 2006/54/CE -en el acceso al

empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, las condiciones de trabajo, incluida la retribución, y los regímenes profesionales de Seguridad Social-, y la 2010/41/UE -entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, con mención específica de la protección social y la maternidad-. Todas ellas, excepto la Directiva 2000/78/CE, obligan a los Estados miembros a designar un organismo para la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación, de modo que cada uno de los diferentes Estados miembros cuenta con el organismo nacional indicado. Todos ellos han de garantizar la asistencia independiente a las víctimas de discriminación, la realización de estudios independientes y la publicación de informes independientes sobre esta materia, así como la formulación de recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la discriminación. En algunos estados, además de lo anterior, estos organismos se ocupen de los delitos motivados por el odio y la incitación al odio, y casi todos los Estados han ampliado el mandato de sus organismos para cubrir todo el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. A la postre, todos estos organismos nacionales están obligados a intercambiar la información de la que dispongan con organismos europeos equivalentes a los nacionales.

Ahora bien, las Directivas sobre igualdad también concedieron a los Estados miembros un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar la estructura y el funcionamiento de los organismos de igualdad. Con ello se ha ocasionado importantes diferencias entre los diferentes organismos, tanto en su mandato, como en sus competencias, estructuras, recursos y funcionamiento operativo.

Estas diferencias han dado lugar a diferentes perjuicios respecto de los ciudadanos que han de resultar protegidos y también para los propios organismos que han de garantizar dicha protección. Entre las primeras, se encuentra la insatisfacción ciudadana que deriva de los diferentes niveles de protección que se conceden en función del Estado miembro de que se trate. Entre las segundas, figura el perjuicio económico al que se enfrentan aquellos organismos que han asumido más materias de las estrictamente necesarias, pero no han visto ampliado, en

consecuencia, su presupuesto económico ni sus recursos, y en algunos casos hasta lo han visto reducido, debilitándose así su capacidad para llevar a cabo sus tareas. A esto se suma el hecho de que algunos Estados hayan creado más de un organismo para ejercer estas funciones, con las consiguientes dificultades de coordinación entre ellos. En otros casos, los problemas se han identificado como falta de independencia de estos organismos, al formar parte de la estructura de algún ministerio. O bien en la falta de visibilidad de dichos organismos, que impide el correcto acceso de los ciudadanos a las vías de protección a las que tienen derecho.

En este orden de cosas, esta Recomendación trata de garantizar el buen funcionamiento de los organismos para la igualdad de manera equivalente en todos los Estados miembros. Para ello y para garantizar que puedan desempeñar sus funciones con eficacia, recomienda un conjunto de normas relativas al mandato, la independencia, la efectividad, la accesibilidad y la coordinación de los organismos para la igualdad, así como las normas relativas a su acceso.

Las referidas normas que componen esta Recomendación se ocupan, respectivamente, de los siguientes aspectos: Finalidad y objeto (Capítulo I, apartados 1 y 2); Medidas recomendadas, que a su vez comprenden los siguientes epígrafes: 1.1. Mandato de los organismos para la igualdad, que abarca tanto los motivos, como las funciones de estos organismos, entre ellas las de realizar asistencia independiente, estudios independientes, informes independientes, recomendaciones de los organismos para la igualdad y fomento de la igualdad; 1.2. Independencia y eficacia, precisando cómo ha de garantizarse la independencia, los recursos que han de disponerse para ello (“humanos, técnicos y financieros, así como de los locales y las infraestructuras necesarios para desempeñar sus funciones y ejercer sus competencias con eficacia”), cuál es el procedimiento para la presentación de denuncias (“de forma oral, escrita y en línea, en la lengua de elección del demandante”), acceso (“sencillo y gratuito”) y accesibilidad (especialmente en el caso de las personas con discapacidad “para las que además se deben realizar las adaptaciones necesarias” para garantizar que accedan a estos organismos en las mismas

condiciones que los demás). 1.3. Coordinación y cooperación entre los diferentes organismos para la igualdad, tanto en un mismo Estado miembro, como entre los diferentes Estados.

El Capítulo II, extraordinariamente breve, fija la Comunicación de los Estados miembros, posibilitándoles la inclusión de información sobre cómo se tendrá en cuenta esta Recomendación en sus comunicaciones sobre la aplicación de las Directivas de igualdad.

3. POLÍTICAS DE EMPLEO

3.1. Decisión (UE) 2018/1215 del Consejo de 16 de julio de 2018, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros

El deseo de que los Estados miembros y la Unión desarrollen una estrategia coordinada para el empleo marca el contenido esencial de esta Decisión. La estrategia coordinada tiene objetivos claros, como son los de ofrecer una mano de obra cualificada, formada y capaz de adaptarse, pero también la de crear mercados de trabajo con capacidad de responder al cambio económico y lograr los objetivos de pleno empleo y de progreso social enunciados en el artículo 3 del TFUE. A su vez, el objetivo confeso de esta Decisión es “guiar la aplicación de las políticas en los Estados miembros y en la Unión, reflejando la interdependencia entre los Estados miembros. El conjunto de políticas y reformas nacionales y europeas coordinadas resultante debe ser una mezcla adecuada de políticas generales económicas y sociales que conduzca al logro de efectos positivos”. En otras palabras, se trata de garantizar el cumplimiento del modelo social europeo en el mercado de trabajo y en la política de empleo, que se han visto especialmente atacados como consecuencia de la crisis económica.

En esta línea, la Decisión recuerda los veinte principios y derechos establecidos por el Pilar Europeo de Derechos Sociales, destinados a fomentar unos mercados de trabajo y unos sistemas de protección social equitativos y funcionales. Estos principios y derechos se estructuran en torno a tres categorías: igualdad de oportunidades y acceso al mercado de

trabajo, condiciones de trabajo justas y protección e inclusión sociales. Junto a ellos, el Pilar recoge una tabla de indicadores que, además de servir para el Semestre Europeo de coordinación del a política económica, supervisará la aplicación y el progreso de este, observando las tendencias y los rendimientos en los Estados miembros y evaluando el progreso.

A lo largo de tres artículos, esta Decisión adopta las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros que figuran en su Anexo, que formarán parte de las orientaciones integradas en “Europa 2020” y que habrán de ser tenidas en cuenta por los Estados miembro en sus políticas de empleo y programas de reforma.

Sin duda, la parte más interesante de esta Decisión la compone su único Anexo, que contiene tres orientaciones, cuya numeración comienza por la 5ª y que son las siguientes: “Impulsar la demanda de mano de obra” (5ª); “Aumentar la oferta de trabajo y mejorar el acceso al empleo, las capacidades y las competencias” (6ª), y “Mejorar el buen funcionamiento de los mercados laborales y la eficacia del diálogo social” (7ª).

Para impulsar la mano de obra se establece el deber de crear empleos de calidad -reduciendo trabas para contratar mano de obra, impulsando el espíritu emprendedor y apoyando la creación y crecimiento de microempresas y pequeñas empresas-, así como fomentar activamente la economía social y apoyar la innovación social, especialmente cuando cree empleos de calidad.

Como vías para aumentar la oferta de trabajo y mejorar el acceso al empleo, se prevé la promoción de la productividad y la empleabilidad “mediante una oferta adecuada de conocimientos, capacidades y competencias pertinentes a lo largo de la vida laboral que respondan a las necesidades actuales y futuras del mercado de trabajo”. Para ello, los Estados deben “realizar las inversiones necesarias en educación y formación” y garantizar la “transferencia del derecho a la formación durante las transiciones profesionales”, lo que permitiría “una mejor anticipación y adaptación de todos a las necesidades del mercado de trabajo y gestionar con éxito las transiciones, reforzando así la resiliencia

general a las perturbaciones de la economía”. Especial importancia se le concede al refuerzo de la igualdad de oportunidades para todos en la educación, incluida la infantil, tanto a través de la mejora de los niveles de educación general, como de la calidad de los resultados del aprendizaje, reforzando los sistemas de educación y formación profesional, mediante una formación de aprendices de calidad y eficaz, y facilitando el acceso a oportunidades de aprendizaje de calidad de los adultos poco cualificados.

La lucha contra el desempleo y la inactividad pretende alcanzarse a través de unas estrategias globales dirigidas a la búsqueda de empleo, la formación y el reciclaje, “que incluyan una evaluación individual detallada a más tardar a los dieciocho meses de desempleo, con vistas a prevenir y reducir significativamente el desempleo estructural y de larga duración”. Siguen mereciendo especial atención “los jóvenes que ni estudian, ni se forman”, a través de la prevención del abandono escolar prematuro y de “una mejora estructural en la transición de la enseñanza al trabajo”. También se contempla expresamente la adaptación del entorno de trabajo de las personas con discapacidad, a través de “un apoyo financiero específico y servicios que les permitan participar en el mercado de trabajo y en la sociedad”.

La igualdad entre hombres y mujeres, por la que han de velar los Estados, requiere eliminar trabas a la participación de la mujer en el mercado laboral garantizar la igualdad de retribución de ambos sexos ante un trabajo igual o de igual valor y fomentar la conciliación de la vida laboral, familiar y privada tanto para mujeres como para hombres, “especialmente mediante el acceso a los cuidados de larga duración y a una educación de la primera infancia y unos servicios de atención asequibles y de calidad”.

El objetivo de mejorar el buen funcionamiento de los mercados laborales y la eficacia del diálogo social (orientación 7) trata de alcanzarse a través de las siguientes vías: 1) lucha contra el empleo fraudulento y precario y fomento de la contratación indefinida, así como garantizar el acceso “a una resolución de litigios efectiva e imparcial y, en caso de despido injustificado, el derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada”: 2) Reforzar

las políticas activas del mercado de trabajo y disponer de unos servicios públicos de empleo más eficaces y eficientes. 3) Facilitar a los desempleados unas prestaciones de desempleo “adecuadas y de duración razonable, en consonancia con sus propias contribuciones y con los criterios de concesión nacionales”, que no habrán de desincentivar un retorno rápido al trabajo y habrán de ir acompañadas de políticas activas del mercado de trabajo; 4) Promover la movilidad de los educandos y los trabajadores, luchando contra la potencial “fuga de cerebros” y evitando que los trámites administrativos sean un obstáculo innecesario para que los trabajadores de otro Estado acepten un empleo.

Finalmente, la Orientación 8, dirigida a “Promover la igualdad de oportunidades para todos, fomentar la integración social y combatir la pobreza” trata de alcanzarse mediante las siguientes indicaciones: 1) Favorecer mercados laborales inclusivos; 2) Modernizar los sistemas de protección social para que esta sea “eficaz, eficiente, sostenible y adecuada a lo largo de todas las etapas de la vida de una persona”; 3) Existencia de unos servicios asequibles, accesibles y de calidad, como la atención y educación infantil, la vivienda, los servicios sanitarios y los cuidados de larga duración, específicamente en el caso de personas discapacitadas y sin hogar; 4) Velar por la adecuación y sostenibilidad de los regímenes de pensiones de los trabajadores por cuenta propia y ajena, “en particular mediante regímenes complementarios para garantizar unos ingresos adecuados”. A este respecto, la reforma del sistema de pensiones “deberá apoyarse en medidas que amplíen la vida laboral, como el aumento de la edad efectiva de jubilación y (...) estrategias de envejecimiento activo”.

3.2. Reglamento (UE) 2018/1719 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1303/2013 en lo relativo a los recursos destinados a la cohesión económica, social y territorial y los recursos para el objetivo de inversión en crecimiento y empleo

El compromiso adquirido por las instituciones de la Unión Europea para luchar contra el desempleo juvenil se refleja, también,

en este Reglamento de claro contenido económico. En él se deja constancia expresa de la urgencia de modificar los programas que apoyan la Iniciativa de Empleo Juvenil, a través de la asignación de los correspondientes recursos económicos.

El Reglamento se compone de dos únicos artículos -el artículo 2 fija exclusivamente su fecha de entrada en vigor- y un anexo. El referido artículo 1 modifica el Reglamento (UE) n° 1303/2013 en sus apartados 91, 92.1 y 92.5, para fijar una asignación específica para la Iniciativa de Empleo Juvenil, que ascienden al 96,09% de los recursos totales, y que serán asignados de acuerdo con las indicaciones ofrecidas por el citado artículo 1.

Este Reglamento se encuentra en vigor desde el día siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea el 16 de noviembre de 2018.

3.3. Reglamento (UE) 2018/1475 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de octubre de 2018, por el que se establece el marco jurídico del Cuerpo Europeo de Solidaridad y se modifican el Reglamento (UE) n° 1288/2013, el Reglamento (UE) n° 1293/2013 y la Decisión n° 1313/2013/UE

Este Reglamento, vigente desde el 5 de octubre de 2018, consta de 29 artículos y un único Anexo final, dedicados a establecer el marco jurídico del Cuerpo Europeo de Solidaridad. Este organismo tiene por finalidad “contribuir a reforzar la cohesión, la solidaridad y la democracia en Europa, esforzándose en especial en promover la inclusión social” a través de la “participación de los jóvenes y de las organizaciones en actividades de solidaridad accesibles y de gran calidad” (art. 1.1). Con carácter más específico, este Cuerpo Europeo de Solidaridad persigue proporcionar a los jóvenes “aptitud al empleo y su transición al mercado de trabajo, por ejemplo, apoyando la movilidad de jóvenes voluntarios, trabajadores en prácticas y empleados” [art. 4.a)].

Tanto en los considerandos como en el articulado del Reglamento puede apreciarse una especial preocupación a la hora de dife-

renciar las actividades solidarias de la actividad laboral, incluso en prácticas. Si bien las actividades de solidaridad que se ofrecen a los jóvenes tratarán de reforzar, entre otros objetivos, su “aptitud al empleo y su transición al mercado laboral” de los jóvenes europeos (considerando 5), estas quedarán sujetas a una doble limitación negativa (“no deben tener un impacto negativo sobre los empleos y períodos e prácticas existentes” -considerando 7- y “no debe sustituir ni a las prácticas ni a los empleos y debe estar basado en un convenio de voluntariado por escrito” -considerando 12-) y positiva (“deben contribuir a reforzar los compromisos de responsabilidad social de las empresas, pero no a reemplazarlos” -considerando 7-; “los períodos de prácticas y los puestos de trabajo deben de estar claramente separados del voluntariado, tanto desde el punto de vista financiero como del organizativo” -considerando 13-). No obstante, la aparición de puntos comunes entre las actividades de voluntariado y las laborales son inevitables, de ahí que el considerando 13 aclare que “los períodos de prácticas pueden facilitar la transición de los jóvenes de la educación al empleo y pueden favorecer su aptitud al empleo, lo que resulta clave para lograr su integración sostenible en el mercado de trabajo”.

Con mayor extensión, el Considerando 9 concreta, entre los objetivos de estas actividades, el deber de “completar los esfuerzos realizados por los Estados miembros para apoyar a los jóvenes y facilitar su transición de la escuela al trabajo en el marco de programas como la Garantía Juvenil (...) proporcionándoles oportunidades adicionales para participar en actividades de solidaridad en forma de prácticas o empleos en sus respectivos Estados miembros o a través de las fronteras”. Para ello, añade, se utilizarán como instrumentos complementarios la Red Europea de Servicios Públicos de Empleo (EURES) y la red Eurodesk.

El art. 2, entre sus definiciones, ofrece la de “actividad de solidaridad” como “una actividad temporal de gran calidad que no interfiera en el funcionamiento del mercado laboral (...) que puede desarrollar en un amplio abanico de ámbitos, como la protección

del medio ambiente, la atenuación del cambio climático y el aumento de la inclusión social, pero no incluye las actividades que formen parte de los programas de estudio en el marco de los sistemas de la educación formal o de la enseñanza y la formación profesionales y las actividades de intervención en caso de emergencia”. Asimismo, también define “empleo” como “una actividad de solidaridad llevada a cabo durante un período de entre tres y doce meses, retribuida por la organización participante que emplee al participante, bien en un país distinto del país de residencia del participante (transfronteriza) o bien en el país de residencia del participante (nacional) (...) Dichos empleos incluirán un componente de aprendizaje y otro de formación y estarán basados en un contrato de trabajo escrito que respete todas las condiciones de empleo definidas en el Derecho nacional o en los convenios colectivos aplicables, o en ambos, del país participante en el que se desempeñen”.

El Capítulo II (artículos 6 a 8) contiene las “Acciones del Cuerpo Europeo de Solidaridad”, que son de cuatro tipos (artículo 6): voluntariado, prácticas y empleos, proyectos de solidaridad y actividades de creación de redes, y medidas de calidad y de apoyo. Para su puesta en práctica, el Capítulo III (artículos 9 y 10) establece las Disposiciones Financieras, en forma de presupuesto y formas de financiación de la Unión.

De menor interés resultan los artículos siguientes, que componen el Capítulo IV dedicado a la Participación en el Cuerpo Europeo de Solidaridad de los diferentes países, enumerados en el artículo 11, personas y organizaciones (artículos 12 y 13 respectivamente). Los Capítulos siguientes se ocupan del Rendimiento, resultados y difusión (Capítulo V, artículos 15 y 16), el Sistema de gestión y auditoría (Capítulo VI, artículos 17 a 21) y el Sistema de control (Capítulo VII, artículos 22 y 23). El Capítulo VIII contiene las Disposiciones de ejecución (artículos 24 y 25) y el último, las Disposiciones modificativas de los Reglamentos (UE) n° 1288/2013 y 1293/2013 y de la Decisión n° 1313/2013/UE. Su artículo final, el 29, ordena la entrada en vigor de este Reglamento al día siguiente de su publicación en el DOUE.

3.4. Directiva (UE) 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018 relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones

Esta Directiva se enmarca en el desarrollo de la libertad de profesión y de la libertad de empresa. Junto con la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, constituyen principios fundamentales de la Unión Europea cuya regulación por los estados no puede constituir un obstáculo injustificado o desproporcionado a su efectividad. Así pues, toda limitación al acceso de las profesiones reguladas debe cumplir cuatro requisitos establecidos por la Directiva 2005/36/CE: que dicha limitación se aplique de manera no discriminatoria, que esté justificada por objetivos de interés público, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

La Directiva 2005/36/CE estableció la obligación de los Estados miembros de evaluar la proporcionalidad de los requisitos que limitan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio, así como la obligación de comunicar a la Comisión los resultados de esta evaluación. De dichos resultados se desprende una falta de claridad con respecto a los criterios empleados para evaluar la proporcionalidad de los requisitos restrictivos del acceso a las profesiones reguladas. Son varias las vías para regular una profesión. Así, por ejemplo, reservando el acceso a una determinada actividad, o su ejercicio, a quienes posean una determinada cualificación profesional. O bien estableciendo condiciones para el uso de títulos profesionales, o imponiendo requisitos de cualificación únicamente a determinados trabajadores. En todo caso, antes de establecer una nueva restricción o de modificar las ya existentes, todo Estado miembro debe evaluar su proporcionalidad, con la finalidad de evitar disfunciones. Estas, de existir, podrían tener importantes consecuencias en la fragmentación del mercado interior y en la pervivencia de las barreras en el acceso a determinadas actividades por cuenta propia o ajena y a su ejercicio.

Para evitar estos efectos negativos, la Directiva (UE) 2018/958 fija un planteamiento común a escala de la Unión Europea que trata de evitar la adopción de medidas desproporcionadas y de cumplir la recomendación de la Comisión, en su Comunicación del 28 de octubre de 2015, sobre la necesidad de adoptar un marco analítico de proporcionalidad para su utilización por parte de los Estados miembros cuando revisen las regulaciones existentes de las profesiones o propongan otras nuevas. Así, la Directiva aquí comentada tiene como objetivo “establecer normas aplicables a las evaluaciones de proporcionalidad que los Estados miembros deben realizar antes de introducir nuevas regulaciones profesionales, o de modificar las existentes, para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, a la vez que se garantiza la transparencia y un nivel elevado de protección de los consumidores”.

La Directiva se compone de quince artículos. Los tres primeros, más generales, se dedican a fijar su objeto (artículo 1: “establecer normas relativas a un marco común para efectuar evaluaciones de proporcionalidad antes de introducir nuevas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio, o de modificar las existentes, con vistas a garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, a la vez que se garantiza un nivel elevado de protección de los consumidores”), su ámbito de aplicación (artículo 2), y las necesarias definiciones (artículo 3).

Los artículos siguientes fijan los términos en los que ha de llevarse a cabo la “evaluación previa de nuevas medidas y seguimiento” (artículo 4) y las posibles justificaciones “por objetivos de interés público” (artículo 6), así como los elementos que han de considerar los Estados para entender que una restricción es proporcionada (artículo 7).

Los restantes artículos, de carácter más genérico, se ocupan de cuestiones como el intercambio de información entre los Estados miembros (artículo 10), la transparencia en la información (artículo 11), o el procedimiento de revisión de las medidas acordadas (artículo 12).

Esta Directiva habrá de ser traspuesta por los Estados miembros antes de 30 de julio

de 2020 (artículo 13), si bien entró en vigor a los veinte días de la fecha de su publicación, el 9 de julio de 2018.

3.5. Decisión de ejecución (UE) 2018/1020 de la Comisión de 18 de julio de 2018 relativa a la adopción y la actualización de la lista de capacidades, competencias y ocupaciones de la clasificación europea a efectos de la puesta en correspondencia automatizada a través de la plataforma informática común del EURES

El objeto de esta Decisión es establecer la lista de capacidades, competencias y ocupaciones de la clasificación europea que debe utilizarse para el funcionamiento de la plataforma informática común de EURES, de acuerdo con lo dispuesto por el Reglamento (UE) 2016/589, así como establecer los procedimientos para actualizar y revisar dicha lista. A tal efecto, ha de recordarse que dicho Reglamento establece una plataforma informática común cuyo fin es reunir las ofertas y demandas de empleo y los CV de los demandantes de empleo de la Unión Europea, haciéndolos accesibles a través del referido portal EURES.

Ahora bien, para garantizar la verdadera utilidad de dicho portal, poniendo en conexión las ofertas de empleo con los perfiles de los demandantes, intercambiar las ofertas de empleo y garantizar una adecuada calidad para todos los idiomas y contextos nacionales, es preciso emplear una compleja tecnología multilingüe en la que, precisamente, los diferentes idiomas empleados no constituyan nunca una barrera para su correcto funcionamiento. Ello requiere establecer una terminología común y una clasificación europea, que describa todas las ocupaciones, capacidades y competencias y ocupaciones (ESCO), que sirva de punto de referencia común a la hora de intercambiar información sobre los candidatos o sobre los puestos de trabajo vacantes cuando se busquen correspondencias transnacionales.

Como requisito mínimo, se establece que cada ocupación, capacidad o competencia contenga, al menos, un término en cada lengua oficial de la Unión Europea, un identificador único (URI), una descripción, así como, en su

caso, una correspondencia con una versión reciente de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUO).

Esta titánica tarea no está exenta de dificultades adicionales, desde el momento en el que los cambios en el mercado de trabajo, en la terminología y en la tecnología hacen necesaria una constante actualización, para la cual resultará imprescindible la cooperación entre la Comisión y los Estados miembros.

A tal efecto, esta Decisión recoge en sus cinco artículos las indicaciones para establecer la indicada lista de capacidades, competencias y ocupaciones (artículos 1 y 2), los requisitos para su actualización (artículo 3) y para su publicación (artículo 4).

Esta norma entró en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 19 de julio de 2018.

4. TEXTOS PREPARATORIOS

Por su trascendencia, se recogen aquí algunos actos de la Unión Europea que todavía no han entrado en vigor, pero sobre los que conviene tener noticia.

4.1. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Laboral Europea -COM (2018) 131-

Esta propuesta de Reglamento persigue la promoción de la garantía de movilidad laboral equitativa de los ciudadanos de la Unión Europea, en la que se integran otras tan relevantes como la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado laboral, a condiciones de trabajo justas y a la protección e inclusión sociales para todos los ciudadanos de la Unión.

Los mayores problemas para la consecución de los objetivos anteriores han venido de la mano de la movilidad laboral transfronteriza, que se ha venido incrementando exponencialmente en los últimos años. Estos trabajadores son, generalmente, más vulnerables a los abusos, a lo que se añaden las condiciones de competencia desigual generadas por ciertas

empresas que operan en estos entornos. Por lo tanto, la cooperación eficaz entre las autoridades nacionales y la actuación administrativa concertada se convierte en una necesidad principal. A ella trata de atender esta propuesta de Reglamento, a través, entre otras vías, del refuerzo de los intercambios de información entre las inspecciones de trabajo, así como del apoyo activo al principio de libre circulación.

En este orden de cosas, la propuesta para la creación de una Autoridad Laboral Europea busca garantizar que las normas de la Unión Europea sobre movilidad laboral se apliquen de forma equitativa, sencilla y eficaz, a través de una agencia descentralizada de la Unión que contribuya a garantizar una movilidad laboral equitativa en el mercado interior. En particular, las tareas que corresponderán a esta Autoridad Laboral Europea serán, entre otras, “proporcionar información y servicios pertinentes a las personas y a los empleadores, así como apoyar a los Estados miembros en la cooperación, el intercambio de información, las inspecciones concertadas y conjuntas, la evaluación de riesgos, la creación de capacidades, la mediación y la cooperación en caso de perturbaciones del mercado laboral transfronterizo”, tal y como figura en la Exposición de motivos de la Propuesta.

El objetivo último de este proyecto de Reglamento es conseguir que la Autoridad Laboral Europea beneficie a todas las personas que estén sujetas a las normas de la Unión en el ámbito de la movilidad laboral transfronteriza y a la coordinación de la Seguridad Social. En concreto, beneficiará a los asalariados, a los trabajadores por cuenta propia y a otros ciudadanos de la Unión o nacionales de terceros países que residan legalmente en la Unión y se encuentren en una situación transfronteriza como sucede, entre otros, con los trabajadores desplazados, los titulares de la tarjeta azul de la Unión Europea, las personas trasladadas dentro de una misma empresa y los residentes de larga duración. La actividad de la Autoridad Laboral beneficiará también a determinadas empresas, en particular a aquellas que desarrollen actividades transfronterizas, especialmente a los efectos de la contratación. De lo que se trata, en fin, es que la Autoridad Laboral ayude a garantizar los derechos de los trabajadores y de los

ciudadanos a la igualdad de trato y al acceso a las oportunidades de empleo y a la Seguridad Social en situaciones transfronterizas. Asimismo, proporcionará transparencia a las empresas sobre las normas laborales locales en todo el mercado interior. Y, por último, apoyará la cooperación entre las autoridades nacionales para garantizar que se respeten los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos a prevenir el fraude y el abuso.

A tal fin, la Comisión Europea ha adoptado ya una serie de iniciativas y propuestas para promover la movilidad laboral equitativa: las revisiones de la Directiva sobre el desplazamiento de los trabajadores y de los Reglamentos sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, de las que ya se ha dado cuenta en esta Crónica. Además, ha creado el paquete denominado “Europa en movimiento”, incluida la ley especial sobre el desplazamiento de trabajadores en los transportes internacionales por carretera. La propuesta de la Autoridad Laboral Europea tiene una doble finalidad: por una parte, reforzar el marco para la aplicación y el cumplimiento de las normas vigentes, concentrando algunas tareas que actualmente están dispersas en varios comités y organismos, para introducir un apoyo operativo a los trabajadores y a las empresas en los ámbitos de la movilidad laboral y la coordinación de la Seguridad Social, regulando y simplificando los trámites existentes. Por otra parte, contribuir a la aplicación de los principios y de los derechos establecidos en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, en particular, en el ámbito de las oportunidades de formación y aprendizaje permanente de los ciudadanos móviles, así como apoyando activamente el empleo mediante la aplicación efectiva y eficiente de la legislación de la Unión sobre la movilidad laboral y la coordinación de la Seguridad Social, así como de los convenios colectivos que apliquen la legislación de la Unión.

En relación con la primera de estas finalidades, la Autoridad Laboral Europea simplificará el panorama institucional, hasta ahora disperso entre varios organismos -la Oficina Europea de Coordinación EURES, el Comité Técnico y el Comité consultivo sobre la Libre Circulación de Trabajadores, la Plataforma europea de lucha contra el trabajo no declarado, la Comisión Administrativa de Coordinación

de los Sistemas de Seguridad Social y el Comité Consultivo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social- en una única estructura permanente, con el fin de conseguir resultados mejores y más eficientes, favoreciendo la aplicación coherente y eficaz de la legislación de la Unión, simplificando y racionalizando con ello la manera en la que se le proporciona al público la información sobre los derechos, obligaciones y oportunidades relacionados con la movilidad laboral transfronteriza.

Respecto de la segunda de las finalidades indicadas, la Autoridad Laboral Europea buscará reforzar el cumplimiento de los derechos fundamentales reconocidos por las normas de la Unión sobre movilidad laboral transfronteriza y coordinación de Seguridad Social, tales como la libre circulación de las personas y de los trabajadores (artículos 15 y 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), el acceso a los servicios de colocación (artículo 29) y la libre prestación de servicios (artículo 16). Además, apoyará el ejercicio de los derechos a escala transfronteriza en materia de condiciones de trabajo justas y equitativas, Seguridad Social y protección de la salud y no discriminación. Finalmente, también ayudará a aplicar los derechos y principios establecidos en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, que apoyan unos mercados de trabajo y sistemas de protección social equitativos.

El Proyecto de Reglamento recoge los planes de ejecución y las modalidades de seguimiento, evaluación e información aplicables para medir los progresos alcanzados durante los cinco años siguientes a su entrada en vigor. Además, recoge una explicación detallada de las disposiciones específicas de esta propuesta, que se divide, con carácter general, en varios capítulos. El Capítulo I, compuesto por cuatro artículos, presenta los principios fundamentales que regulan la creación y el funcionamiento de la futura Autoridad Laboral Europea. El Capítulo II indica las tareas de la futura Autoridad, que se enumeran en el artículo 5 y se describen con mayor detalle en los siguientes. El Capítulo III (artículos 17 a 24) describe la organización de la Autoridad, estableciendo los pormenores de su estructura. El Capítulo IV incluye disposiciones sobre el establecimiento y la estructura del presupuesto de la Autoridad. El Capítulo V establece las dispo-

siciones que regulan la dotación del personal de la Autoridad, incluidas normas generales sobre el personal, el director ejecutivo, los funcionarios de enlace nacionales, los expertos nacionales en comisión de servicios y otros agentes. Y, en fin, el Capítulo VI contiene las disposiciones generales y finales, incluidos los privilegios e inmunidades aplicables al personal de la Autoridad, el régimen lingüístico, las normas sobre transparencia y comunicación, lucha contra el fraude, garantía de seguridad y la protección e la información, así como la responsabilidad. En este Capítulo destacan los artículos 46 a 50 que prevén, respectivamente, la modificación de los Reglamentos (CE) n° 883/2004, n° 987/2009, n° 492/2011, (UE) 2016/589 y la derogación de la Decisión 2009/17/CE y de la Decisión (UE) 2016/344.

4.2. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el Reglamento (CE) n° 987/2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004

No se trata de una propuesta de Reglamento reciente, puesto que data de diciembre de 2016 y, por lo tanto, ya ha sido comentada en un número anterior de esta Revista. Desde entonces, y debido sin duda a la enorme dificultad la materia que va a ser objeto de reforma, esta se ha ido alargando en el tiempo sin que, de momento, podamos contar con el Reglamento definitivo. No puede ocultarse que este, una vez en vigor, tendrá una importancia extrema en una materia tan relevante como es la movilidad de los trabajadores y de las personas en el seno de la Unión Europea.

Con todo, sí merece destacarse que a mediados de 2018 se publicó el texto más actualizado de dicha reforma del que se dispone hasta el momento, fechado en Bruselas el 26 de junio de 2018. En él se tratan los cuatro puntos centrales de la reforma, que son los siguientes: el acceso a las prestaciones sociales de los ciudadanos que no ejercen una actividad económica; las prestaciones por cuidados de larga duración; las prestaciones por desempleo; y las prestaciones familiares.

Desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional: análisis y propuestas en orden a la transposición al Derecho español de las modificaciones realizadas por la Directiva (UE) 2018/957 en los artículos 1 y 3 de la Directiva 96/71/CE

Posting of workers in the framework of transnational provision of services: analysis and proposals in order to the transposition into Spanish law of the amendments made by the Directive (EU) 2018/957 in articles 1 and 3 of the Directive 96/71/EC

JAVIER GÁRATE CASTRO*

1. INTRODUCCIÓN

Precedida de un intenso debate, se ha adoptado finalmente y felizmente, tras la superación de las dificultades que han tenido que sortear la propuesta elaborada por la Comisión¹ y su tramitación pos-

terior, la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efec-

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela. ORCID ID 0000-0002-1109-7245. El presente estudio forma parte de los resultados del proyecto de investigación "Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales".

¹ Véase propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [COM(2016) 128 final – 2016/0070

(COD)]. Da cuenta de las dificultades para llegar a la propuesta el apartado 3.1 ("consultas a las partes interesadas") de la exposición de motivos que precede a su texto, donde se lee, por ejemplo, que "Bulgaria, Chequia, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía han defendido, mediante una carta conjunta, que una revisión de la Directiva de 1996 es prematura y que debería posponerse hasta que finalice el plazo de transposición de la Directiva sobre la garantía de cumplimiento y se evalúen detenidamente sus efectos", y que "estos Estados miembros han expresado su preocupación por que el principio de «remuneración idéntica por un mismo trabajo realizado en el mismo sitio» pueda ser incompatible con el mercado único, ya que las diferencias salariales constituyen un elemento legítimo de ventaja competitiva para los prestadores de servicios".

tuado en el marco de una prestación de servicios. La aceptación de un elevado número de las enmiendas presentadas a lo largo del procedimiento de tramitación ha conducido a que el texto adoptado sea muy distinto del que formaba parte de la referida propuesta de la Comisión. Ciertamente, aquella aceptación ha servido para añadir bastantes cosas que no aparecían en esta propuesta; también para suprimir algún que otro de sus contenidos². En cualquier caso, cabe apreciar que se admitieron enmiendas para contentar y que los preceptos del texto definitivo que las incorporan no son de fácil entendimiento y favorecen las dudas acerca de su sentido, sobre todo si se ponen en relación con otros³.

El plazo del que disponen los Estados miembros para adoptar y publicar las disposiciones legales y reglamentarias de cumplimiento de las modificaciones llevadas a cabo finaliza el 30 de julio de 2020. Tales disposiciones sólo serán aplicables a partir de la indicada fecha. Hasta ella, sigue rigiendo la versión inicial y no modificada de la Directiva 96/71/CE y, por lo tanto, la normativa que en cada Estado miembro haya transpuesto lo establecido en dicha versión⁴, cuya aplicación a los desplazamientos transnacionales de los

² Por ejemplo, el que añadía un art. 2 *bis* a la Directiva 96/71/CE, según el cual la ley aplicable al contrato de trabajo pasaba a ser, a todos los efectos (en relación con todas las condiciones de trabajo y empleo), en los desplazamientos de duración prevista o real superior a veinticuatro meses, la del Estado de acogida (art. 1 de la propuesta), salvo, obviamente, elección de las partes por otra que, conforme el Reglamento Roma I, nunca podría privar al trabajador desplazado de la protección otorgada por las disposiciones que la primera ley impidiera derogar por acuerdo. Asimismo, cabe traer a colación el que en la referida propuesta figuraba como apartado 1 *bis* del art. 3 de la Directiva, donde se declaraba que "si las empresas establecidas en el territorio de un Estado miembro están obligadas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o por convenios colectivos a subcontratar en el contexto de sus obligaciones contractuales solo con empresas que garanticen determinadas condiciones de trabajo y empleo por lo que respecta a la remuneración, los Estados miembros podrán establecer, de manera no discriminatoria y proporcionada, que dichas empresas estén sujetas a la misma obligación con respecto a los subcontratos que las empresas, a que se refiere el artículo 1, apartado 1, que desplazan trabajadores a su territorio".

³ Así, art. 3.1, párrafo segundo en relación con el párrafo primero, letra i); también art. 3.7, párrafo segundo, inciso final.

⁴ Así, art. 3.1 de la Directiva (UE) 2018/957.

trabajadores móviles del sector del transporte por carretera dan por hecho, de una u otra forma, el art. 9.1.b) de la Directiva 2014/67/UE⁵ y el considerando 17 de la exposición de motivos del Reglamento (CE) n° 1072/2009⁶. También son de aplicación a ese grupo de desplazamientos las modificaciones de que se trata; sin embargo, el que esto tenga lugar a partir del 30 de julio de 2020 depende de algo que no es seguro que suceda: que se produzca con anterioridad la puesta en práctica de un acto legislativo que modifique la Directiva 2006/22/CE en lo relativo al establecimiento para la actividad de transporte por carretera de normas sectoriales específicas sobre el desplazamiento de los conductores en relación con las Directivas 96/71/CE y 2014/67/UE⁷. Si el 30 de julio de 2020 todavía no hubiese adoptado o no se hubiese puesto en práctica aquel acto legislativo, hasta que se produzca esto último permanecerán sin ser aplicables al sector del transporte por carretera las modificaciones dispuestas por la Directiva (UE) 2018/957⁸.

⁵ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, 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, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior.

⁶ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera. De acuerdo con el citado considerando 17, "las disposiciones de la Directiva 96/71/CE (...) se aplican a las empresas que efectúen transportes de cabotaje".

⁷ Se dirige a la adopción del acto legislativo de que se trata la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera [COM(2017) 278 final - 2017/0121(COD)]. Las aludidas "normas específicas" son objeto del art. 2 de la propuesta.

⁸ Así resulta de su art. 3.3. La explicación de ello la proporciona el considerando 15 de la exposición de motivos de la Directiva: "debido a la elevada movilidad del trabajo en el transporte internacional por carretera, la aplicación de la presente Directiva en ese sector plantea problemas y dificultades jurídicas particulares, que se deben abordar, en el marco del paquete sobre movilidad, mediante normas específicas para el transporte por carretera que también refuerzan la lucha contra el fraude y los abusos".

Las modificaciones que experimenta la Directiva 96/71/CE van en tres direcciones. En primer lugar, se determina con mayor exactitud qué prestaciones de servicios transnacionales cubiertas con trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva. En segundo lugar, se mejora de forma importante la protección sustantiva otorgada a los trabajadores desplazados. Por último, en coherencia y concordancia con lo que sobre iguales puntos dispone la Directiva 2014/67/UE, se clarifica la vigilancia y el control a ejercer por los Estados de origen y de destino en relación con el cumplimiento, por parte de las empresas, de las obligaciones establecidas por esta última Directiva y por la propia Directiva 96/71/CE⁹ y se precisan más¹⁰, con objeto de mejorar su funcionamiento y eficiencia en la lucha contra los casos de fraude o incumplimientos relacionados con los desplazamientos, la coordinación y cooperación recíprocas

⁹ Se produce la expresada clarificación con la nueva redacción que recibe el art. 5 de la Directiva 96/71/CE. A los escuetos términos de la redacción que aún rige, según los cuales "los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas en caso de incumplimiento de la presente Directiva" y, "en particular, velarán por que los trabajadores o sus representantes dispongan de procedimientos adecuados para que se cumplan las obligaciones establecidas" en ella, se añade: 1) que "el Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado el trabajador para ejecutar su trabajo y el Estado miembro desde el cual haya sido desplazado el trabajador serán responsables de la vigilancia, el control y la ejecución de las obligaciones contempladas en la presente Directiva y en la Directiva 2014/67/UE y adoptarán las medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la presente Directiva"; 2) que "los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente Directiva y tomarán todas las medidas necesarias para garantizar su puesta en marcha"; 3) que "las sanciones previstas serán efectivas, proporcionadas y disuasorias"; 4) que "cuando, tras una evaluación global realizada por un Estado miembro de conformidad con el artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE, se compruebe que una empresa está creando, de manera indebida o fraudulenta, la impresión de que la situación de un trabajador entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, dicho Estado miembro velará por que el trabajador se beneficie de la legislación y las prácticas aplicables"; y 5) que "los Estados miembros velarán por que el presente artículo no dé lugar a que el trabajador de que se trate se vea sometido a condiciones menos favorables que las aplicables a los trabajadores desplazados".

¹⁰ En la nueva redacción del párrafo primero del art. 4.2 de la Directiva.

que debe existir entre las autoridades y organismos competentes de los Estados miembros y de la Unión¹¹. Los cambios introducidos en relación con los dos primeros aspectos indicados y aquello que precisaría su transposición al Derecho español constituyen el objeto de la exposición que sigue.

2. EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES PUESTOS A DISPOSICIÓN DE EMPRESAS USUARIAS ESTABLECIDAS O QUE EJERZAN SU ACTIVIDAD EN EL ESTADO DE DESTINO

Para que un desplazamiento temporal quede comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE y entre en funcionamiento, por lo tanto, la protección que ésta dispensa al trabajador afectado, no basta con que sean diferentes los Estados de establecimiento de la empresa que desplaza y de destino. También es preciso que aquél se encuentre motivado por la realización una de las operaciones o actividades empresariales que describen las letras a), b) y c) del art. 1.3 de la Directiva, constitutivas de lo que se consideran que son prestaciones de servicios transnacionales.

De los tres supuestos que contempla el citado art. 1.3, las modificaciones que adopta la Directiva (UE) 2018/957 afectan al último, esto es, al de la letra c), relativo a las prestaciones de servicios transnacionales que se valen de desplazamientos de trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal. Pues bien, no me parece que quepa considerar que se haya producido una ampliación del supuesto y, con ello, que trabajadores desplazados que antes no figuraban protegidos ahora lo estén. Lo único que sucede es que se determinan con mayor exactitud las mencionadas

¹¹ Entre los organismos de la Unión llamados a la coordinación y a la cooperación figura el Comité de expertos sobre desplazamiento de trabajadores, creado y regulado por la Decisión 2009/17/CE de la Comisión, de 19 de diciembre de 2008, y la Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado, creada y regulada por la Decisión (UE) 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

prestaciones de servicios transnacionales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE.

Sirve a la indicada determinación más exacta el párrafo segundo (y penúltimo) que se añade al art. 1.3. No lo hace, en cambio, la nueva redacción de la letra c) del precepto, que, lejos de aportar algo sustancial al respecto, causa perplejidad e introduce confusión en su versión en lengua española. Si en la redacción hasta ahora aplicable se define como prestación de servicios transnacional comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva el desplazamiento adoptado por una “empresa de trabajo interino” o una “empresa de suministro de mano de obra” en relación con un trabajador cedido a una empresa usuaria “que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro”, en la nueva redacción, aplicable a partir del 30 de julio de 2020, se cambia la expresión “empresa de trabajo interino” por la más apropiada de “empresa de trabajo temporal” y la mención a la “empresa de suministro de mano de obra” se sustituye por la de “agencia de colocación”, sin que se caiga en la cuenta de que en el Derecho español colocación no es necesariamente sinónimo de empleo y sirve para designar la actividad tendente a facilitar que una persona adquiera un empleo por cuenta propia u ofertado por otro, de modo que quien desarrolla la indicada actividad -la agencia de colocación- no adquiere la condición de empresario del trabajador en cuya contratación haya intermediado¹² ni, por lo tanto, mantendrá relación laboral con el trabajador desplazado durante su desplazamiento, presupuesto necesario para que sea aplicable la Directiva 96/71/CE.

La mención a «agencia de colocación», aquí y en los párrafos segundo y tercero del art. 1.3 agregados por la Directiva (UE) 2018/957¹³, es desafortunada y produce el ya señalado efecto de perplejidad y confusión que no se da en la versión en otras lenguas, en las que se sigue haciendo referencia a “impresa che effettua cessioni temporanee presso un'impresa utiliz-

zatrice” o a “entreprise qui met un travailleur à disposition”; o se pasa a emplear otra expresión análoga, como la de “Arbeitnehmer überlassendes Unternehmen”¹⁴. No se descubre qué razón justifica el cambio que experimenta en este punto la versión en lengua española, que sólo adquiere sentido si se entiende que la expresión “agencia de colocación” no se utiliza con el significado que tiene en el Derecho español y en otros ordenamientos nacionales y constituye una inapropiada traducción de la expresión que en otros Estados miembros sirve para designar a empresas o agencias suministradoras de trabajadores por ellas contratados. Existiendo diversas versiones lingüísticas del comentado art. 1.3.c), una interpretación acorde a la estructura general y finalidad de la norma de la que aquél forma parte, obligada según advierte el Tribunal de Justicia¹⁵, conduce a considerar que en la versión en lengua española la expresión «agencia de colocación» equivale a agencia o empresa de suministro de mano de obra. En conclusión: la letra c) del art. 2.1.1º de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (en adelante, LDT), según la cual se entiende por tal el «de un trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de una empresa usuaria que esté establecida o que ejerza su actividad en España», continua siendo transposición suficiente de la nueva redacción de letra c) del art. 1.3 de la Directiva 96/71/CE.

¹⁴ Antes, “Verfügung stellendes Unternehmen”.

¹⁵ Así, recientemente, sentencia de 24 de enero de 2019 (*Baladin*, asunto C477/17; ECLI:EU:C:2019:60), apartado 31, recordando el criterio de la de 20 de diciembre de 2017 (*Gusa*, asunto C442/16, ECLI:EU:C:2017:1004, apartado 34): “según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la formulación utilizada en una de las versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión no puede constituir la única base para la interpretación de dicha disposición ni puede ser reconocida con carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas. En efecto, las disposiciones del Derecho de la Unión deben interpretarse y aplicarse de manera uniforme, a la luz de las versiones existentes en todas las lenguas de la Unión. En caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas de un texto del Derecho de la Unión, la disposición de que se trata debe interpretarse en función de la estructura general y la finalidad de la normativa en que se integra”.

¹² Véase art. 2 del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

¹³ También la que se aparece en el considerando 13 de ésta.

Por lo que respecta a la más exacta determinación del ámbito de aplicación de la Directiva en lo concerniente a las prestaciones de servicios transnacionales que comportan desplazamientos temporales de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal (o de suministro de mano de obra), se consigue añadiendo al mismo art. 1.3 un segundo párrafo que elimina cualquier posible duda sobre la inclusión en el referido ámbito de la situación que en ese párrafo se describe, consistente en la puesta a disposición de un trabajador en un Estado distinto del Estado de acogida (ese primer Estado puede ser el mismo que el de establecimiento de la empresa de trabajo temporal o de suministro de mano de obra) seguida de la decisión de la empresa usuaria de ocupar a aquél en este segundo Estado, en un centro de trabajo suyo o de otra empresa de su grupo o en la ejecución de un contrato de obra o servicios que deba cumplir en el territorio de tal Estado para persona o entidad establecida o que ejerza su actividad en él. El tenor del indicado nuevo párrafo es el siguiente:

«Cuando un trabajador que haya sido desplazado (*sic*) por una empresa de trabajo temporal o por una agencia de colocación para una empresa usuaria a que se refiere la letra c) deba realizar un trabajo en el marco de una prestación de servicios transnacional en el sentido de la letra a), b) o c) para la empresa usuaria en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que el trabajador trabaje habitualmente, bien para la empresa de trabajo temporal, la agencia de colocación o la empresa usuaria, *se considerará que el trabajador ha sido desplazado a dicho territorio del Estado miembro por la empresa de trabajo temporal o por la agencia de colocación con la que el trabajador tenga una relación laboral*¹⁶. La empresa de trabajo temporal o la agencia de colocación se considerarán como empresa a efectos del apartado 1¹⁷ y cumplirán plenamente las

disposiciones pertinentes de la presente Directiva y de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo».

Los términos empleados comprenden, además de los casos de un único desplazamiento (la empresa usuaria establecida en el mismo Estado que la empresa de trabajo temporal decide ocupar en otro Estado miembro al trabajador cedido que recibe en el primero), los casos de desplazamiento plural y sucesivo, como sucede, por ejemplo, cuando la empresa usuaria recibe al trabajador en Estado distinto de aquel en el que haya sido contratado por la empresa de trabajo temporal y lo ocupa en una o más prestaciones de servicios transnacionales propias a ejecutar en otro o en otros Estados miembros diferentes de los dos mencionados.

Se ha terminado por indicar de forma expresa algo que en la versión inicial de la Directiva 96/71/CE no se hizo, no por olvido inexcusable, sino porque en el momento de su elaboración no se apreció la necesidad y conveniencia de lo que ahora se aclara y precisa para eliminar toda duda y, a la postre, para mayor seguridad jurídica. Se dio por sentado en aquel momento que el tipo de desplazamientos al que se viene haciendo referencia tenía encaje en el supuesto que describe la letra c) del art. 1.3. Quizás se reparó entonces en que no admite discusión que la decisión de desplazamiento tomada por la empresa usuaria en ejercicio de sus facultades de dirección y control de la actividad del trabajador cedido se debe entender asumida como propia por la empresa de trabajo temporal y que ello era suficiente para concluir, llegado el caso, sin grandes dificultades, que tal desplazamiento merecía el indicado encaje.

Lo mismo que se acaba de señalar debió entender el legislador español en 1999, al transponer la Directiva. Sin embargo, ello no le eximió de creer oportuno precisar lo que ésta no precisaba y daba por sentado. El tiempo ha venido a confirmar su acierto. Adelantándose casi veinte años a lo que ahora establece el añadido párrafo segundo del art. 1.3 de la

res, según lo dispuesto en el apartado 3, en el territorio de un Estado miembro».

¹⁶ La cursiva es nuestra.

¹⁷ La mención a ese apartado del art. 1 se entendería mejor si se hubiera mantenido la indicación que se hacía en la versión anterior de la Directiva a que ésta "se aplicará a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajado-

Directiva 96/71/CE, dispuso y dispone la LDT, aclarando el ámbito de los desplazamientos transnacionales de trabajadores a los que se aplica, entre los que figura “el desplazamiento de un trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de una empresa usuaria que esté establecida o que ejerza su actividad en España” [art. 2.1.1.º.c)], que “se entiende incluido el trabajador de una empresa de trabajo temporal puesto a disposición de una empresa usuaria en el extranjero y desplazado temporalmente por ésta a España en el marco de una prestación de servicios transnacional” (art. 2.2). Ello puede constituir una transposición suficiente del comentado nuevo párrafo segundo del art. 1.3 de la Directiva. Aunque no parece que sea estrictamente necesario, quizás podría incorporar la LDT, en la medida en que también contiene reglas sobre los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuados por empresas establecidas en España (disposición adicional primera), una referencia que recuerde la necesidad de que la empresa usuaria establecida en España que desplace al territorio de otro Estado miembro de la Unión o firmante del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo a trabajadores que le hayan sido cedidos por una empresa de trabajo temporal informe a ésta de su decisión, con tiempo suficiente y antes de que aquéllos inicien su trabajo en el Estado de destino. Una regla como la indicada, dirigida a facilitar que la empresa de trabajo temporal conozca y aplique al trabajador desplazado las condiciones de trabajo a disfrutar con arreglo a la más ventajosa normativa laboral del Estado de destino, guardaría correspondencia con lo que ordena el también añadido párrafo tercero y último del citado art. 1.3 de la Directiva [“la empresa usuaria informará a la empresa de trabajo temporal (...) que le haya facilitado el trabajador con tiempo suficiente antes del inicio del trabajo a que se refiere el párrafo segundo”].

3. MEJORAS DE LA PROTECCIÓN OTORGADA A LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS

Los cambios introducidos en la protección dispensada al trabajador que sea objeto de uno de los desplazamientos comprendi-

dos en el ámbito de la Directiva 96/71/CE conducen a que aquélla alcance una posición calificable de más equilibrada respecto de la libre prestación de servicios. Aunque se sigue partiendo del respeto a la diversidad de las regulaciones laborales nacionales de los Estados de origen y de destino, disminuye el espacio en el que hasta ahora esa diversidad permanecía inmune a la protección y aumenta, en igual grado, el conocido como “núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas, en el país de acogida”¹⁸, por los empresarios que desplacen temporalmente a su territorio a trabajadores con objeto de cubrir con ellos la prestación de servicios justificativa del desplazamiento. Esa situación de disminución de una cosa y de simultáneo aumento de otra se producen en dos planos:

- 1) Se reduce el catálogo de las condiciones de trabajo sometidas a la ley bajo la cual hayan celebrado el contrato de trabajo el trabajador desplazado y su empresa. Se reduce con carácter general y, de modo particular, tanto en los que cabe denominar, en expresión de la Directiva (UE) 2018/957¹⁹, desplazamientos de larga duración (de más de doce o, en su caso, dieciocho meses) como en los desplazamientos de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, donde la aplicación de determinadas condiciones de trabajo de acuerdo con la normativa nacional del Estado de acogida deja de depender de lo que pueda disponer éste y pasa a ser impuesta por la propia Directiva 96/71/CE.
- 2) Los convenios colectivos y laudos arbitrales declarados de aplicación general (o “universal”, según la nueva calificación que se adopta) en el Estado de acogida pasan a formar parte de las fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo objeto de la protección cualquiera que sea la actividad definitoria de su ámbito funcional.

¹⁸ Considerando 13 de la Directiva 96/71/CE.

¹⁹ Considerando 9 de la exposición de motivos.

3.1. Los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión y, en concreto, los inherentes al desarrollo de las relaciones colectivas, no pasan a estar por encima de la libre prestación de servicios

Dispone ahora el art. 1 de la Directiva 96/71/CE, en su apartado 1 *bis* añadido por la Directiva (UE) 2018/957, que “la presente Directiva no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala 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, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales. Tampoco afecta al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales”. Se trata de un precepto que afecta a la forma en que interactúan los referidos derechos y la libre prestación de servicios en las situaciones de desplazamientos transnacionales de trabajadores. Tal declaración en absoluto es novedosa. Sus términos coinciden con los del art. 1.2 de la Directiva 2014/67/UE²⁰ y con los del art. 2.1 de la propuesta de 21 de marzo de 2012, ya muerta y enterrada, 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 (Monti II)²¹; a su vez, tal propuesta tomaba como modelo, en este punto, lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 2679/98 del Consejo, de 7 de diciembre de 1998, sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros (Monti I)²².

²⁰ Véase *supra* nota 5.

²¹ COM(2012) 130 final; 2012/0064(APP).

²² La referida propuesta seguía los pasos del art. 2 del Reglamento, del siguiente tenor: “El presente Reglamento no deberá interpretarse en 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”.

Podría parecer que el comentado apartado 1 *bis*, igual que el art. 1.2 de la Directiva 2014/67/UE, de cuyos términos no se aparta un ápice, da lugar a una mejora de la protección, por suponer el reconocimiento de que el ejercicio de la autonomía colectiva y del empleo de medidas de conflicto colectivo, entre ellas la huelga, pasa a estar por encima de la libre prestación de servicios y es hábil para reforzar la protección del desplazado más allá de los términos establecidos por el Derecho de la Unión (la Directiva 96/71/CE) y de lo que en su transposición dispongan las normativas nacionales de los Estados miembros. Si así fuese, no cabe duda de que se estaría en presencia de una muy importante mejora de la protección. Se asistiría a la admisión del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo y a la negociación colectiva para conseguir llevar la protección hasta la aplicación al trabajador desplazado de cualesquiera condiciones de trabajo y empleo que resulten más ventajosas con arreglo a la normativa del Estado de acogida o destino, aunque no figuren entre aquellas que contempla el art. 3 de la Directiva 96/71/CE; en suma, el cumplimiento de todas esas condiciones conseguidas mediante el ejercicio de medidas de conflicto colectivo y de la autonomía colectiva sería exigible por dicho Estado. Si se prefiere, se estaría abrogando la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia en sentencias como la *Rüffert*²³, la *Laval*²⁴ o,

²³ Sentencia de 3 de abril de 2008 (asunto C-346/06; ECLI:EU:C:2008:189).

²⁴ Sentencia de 18 de diciembre de 2007 (asunto C341/05; ECLI:EU:C:2007:809). Advierte el Tribunal que la Directiva 96/71/CE no ampara que un Estado miembro imponga a las empresas de los trabajadores desplazados, ante la falta de normas estatales y de convenios colectivos de aplicación general determinando los importes mínimos de los salarios, la apertura de una negociación al respecto “caso por caso, en el lugar de trabajo, teniendo en cuenta la cualificación y funciones de los trabajadores” (apartado 71). También que resultan contrarias al Derecho de la Unión las medidas de conflicto colectivo (bloqueo de actividades) adoptadas por una organización sindical del Estado de destino con objeto de forzar a la empresa prestadora del servicio a la referida negociación, así como a poner fin a su resistencia a adherirse a un convenio colectivo de dicho Estado que incluía cláusulas sobre materias no previstas en el art. 3.1, letras a) a g), de la versión a la sazón aplicable de dicha Directiva (apartado 111 y fallo.1º). Los interlocutores sociales, como son los sindicatos, “no constituyen entidades de Derecho público” y, por lo tanto, “no pueden invocar” el art. 3.10 de

en el caso de la libertad de establecimiento, la *Viking Line*²⁵.

“Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate”. Abandone el lector del precepto toda esperanza acerca de que éste conduzca o sirva de fundamento a una mejora como la indicada.

Sería ingenuo atribuir al precepto la virtud de colocar los derechos de libre sindicación, de adopción de medidas de conflicto colectivo, entre ellas, señaladamente, la huelga, y de negociación colectiva y celebración de convenios colectivos por encima de la libertad de prestación de servicios²⁶.

Desde luego, durante el período de desplazamiento los sindicatos pueden intentar, valiéndose, si fuese necesario, de medidas de conflicto colectivo, que el empresario de los trabajadores desplazados participe en el Estado de acogida, de acuerdo con el derecho y las prácticas nacionales, en una negociación colectiva que permita alcanzar pactos sobre la más efectiva aplicación de la protección que les dispensa la Directiva 96/71/CE y la normativa nacional que la haya transpuesto. Tampoco debería ofrecer duda la posibilidad de

aquella “para alegar razones de orden público a fin de fundamentar la conformidad con el Derecho comunitario de una medida de conflicto colectivo” como la indicada (apartado 84).

²⁵ Sentencia de 11 de diciembre de 2007 (asunto C-438/05; ECLI:EU:C:2007:772).

²⁶ Deja bien claro que esto no es así la exposición de motivos de la citada 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, donde se puede leer, por ejemplo, que aunque “los Estados miembros siguen teniendo la facultad de establecer las condiciones de existencia y ejercicio de los derechos sociales en cuestión”, deber ejercitar dicha facultad “respetando el Derecho de la Unión, en particular las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, que constituyen principios fundamentales de la Unión consagrados por el Tratado” (considerando 6); que “una restricción de estas libertades solo es aceptable si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general” (considerando 7) o, en fin, que “el equilibrio justo entre derechos fundamentales y libertades fundamentales, en caso de conflicto, solo está garantizado si no se permite que la restricción de una libertad fundamental como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental vaya más allá de lo idóneo, necesario y adecuado para ejercer el mencionado derecho” (considerando 13).

que el referido empresario, que siempre puede decidir de forma unilateral la mejora de la protección aplicable en virtud de la Directiva²⁷ y de su transposición en el Estado miembro de que se trate, responda afirmativamente, aunque nada le obligue a hacerlo, esto es, sin estar vinculado por un deber de negociar, a la propuesta de negociar un pacto o acuerdo colectivo sobre aquella mejora, convirtiéndola en bilateral. Asimismo, las medidas de conflicto colectivo llevadas a cabo en el Estado de acogida, entre ellas la huelga, sirven, antes y ahora, en la forma en que aparezcan reguladas en la correspondiente legislación nacional, para exigir y conseguir el exacto cumplimiento o, si se prefiere, para combatir los incumplimientos de las medidas que en dicho Estado sean transposición de lo dispuesto por el Derecho de la Unión (por la Directiva 96/71/CE) en relación con los desplazamientos afectados y las condiciones de trabajo que se deben garantizar a los trabajadores desplazados, de conformidad con dicho Derecho (en concreto, con el art. 3 de la Directiva 96/71/CE).

En el anterior tipo de espacios desarrolla su alcance y fuerza el nuevo apartado 1 *bis* del art. 1. El precepto no sirve para dar cobertura, en el Estado de acogida, a la adopción de medidas de conflicto colectivo, entre ellas la huelga, con objeto de lograr, sin incurrir en lesión de la libre prestación de servicios, el reforzamiento de la protección del trabajador desplazado más allá de lo que lo que el Derecho de la Unión (de nuevo, la Directiva 96/71/CE) permite a la norma estatal que pretenda constituir transposición adecuada de aquél (del art. 3 de la Directiva). Nada ha cambiado al respecto. Hay que contar con que se seguirá considerando que lesiona la libre prestación de servicios la medida de conflicto colectivo dirigida a presionar a la empresa del trabajador desplazado para que se avenga a no aplicar a éste, durante su desplazamiento

²⁷ Lo pone de relieve el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 3 de abril de 2008 (*Rüffert*), cit., en la que hace referencia (apartado 34) a “la facultad de las empresas establecidas en otros Estados miembros de adherirse voluntariamente en el Estado miembro de acogida, en particular, en el marco de un compromiso asumido hacia su propio personal desplazado, a un convenio colectivo de trabajo eventualmente más favorable”.

to, la legislación del Estado de origen relativa a aquellas condiciones menos ventajosas que las disfrutadas por los contratados en el Estado de acogida y que no estén cubiertas por el ámbito material de la protección que define el art. 3 de la Directiva 96/71/CE. La tutela que la legislación del Estado de acogida dispense al ejercicio en su territorio de los derechos colectivos de los trabajadores no es hábil para llevar la protección de los desplazados más allá de lo que autoriza el referido precepto de la Directiva y, a la postre, en detrimento de la libre prestación de servicios.

Los laboristas hemos apreciado aquí, mayoritariamente, que la patente confrontación entre los derechos fundamentales en presencia y la libre prestación de servicios debería ser solucionada en favor de los primeros. Quizás tengamos que reconocer cierta soberbia al abordar el asunto y que la visión con que lo hemos hecho es un tanto desenfocada, pues conduce a soslayar o cuestionar la primacía del Derecho de la Unión y a demandar a sus normas aquello que no se nos ocurriría demandar a las normas estatales (leyes y reglamentos). De la misma forma que el ejercicio de los derechos de huelga, de adopción de otras acciones colectivas y de negociar convenios colectivos está condicionado por las normas estatales imperativas o de orden público, también lo está por las normas imperativas del Derecho de la Unión, en tanto en cuanto unas y otras mantengan esa naturaleza imperativa. Si una huelga u otra medida de conflicto colectivo que concluye con la celebración de un acuerdo, pacto o convenio colectivo que incluye cláusulas contrarias a una disposición normativa estatal (ley o reglamento) no es obstáculo para la impugnación y declaración judicial de la nulidad de tales cláusulas por ilegalidad, el resultado no debe ser diferente cuando el acuerdo, pacto o convenio colectivo es contrario a la disposición normativa del Derecho de la Unión. El remedio a la situación pasaría por cambiar el tipo de la relación entre esa disposición normativa y la autonomía colectiva, introduciendo en la primera reglas de contenido dispositivo para la segunda o susceptible de ser mejorado por ella.

Ni que decir tiene que la expresada valoración del nuevo apartado 1 *bis* del art. 1 de

la Directiva 96/71/CE se debe tener en cuenta a la hora de determinar qué alcance tiene el art. 3.1.h) de la LDT, que ordena que los empresarios que desplacen a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional apliquen a tales trabajadores la legislación española sobre los derechos de libre sindicación y huelga. El apoyo del precepto se encuentra en el art. 3.10 de la Directiva, según el cual ésta no impedirá que un Estado miembro imponga a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados miembros, con los límites que al respecto se fijan (respeto de los Tratados y de la igualdad de trato), «condiciones de trabajo referidas a materias distintas de las enumeradas» en el párrafo primero del apartado 1 de igual artículo, «en la medida en que se trate de disposiciones de orden público». Tal apoyo no parece discutible²⁸. El reconocimiento de su naturaleza de derechos fundamentales que hace la Constitución española concuerda con el que aparece en las normas internacionales y en el Derecho de la Unión y avala que su observancia merezca ser considerada de orden público en cada uno de esos tres planos. Ahora bien, teniendo en cuenta que la Directiva ciñe la protección que diseña, incluida la ampliación permitida por su art. 3.10, a las condiciones concernientes al contrato de trabajo o a la relación individual de trabajo, la interpretación conforme al Derecho de la Unión podría llevar a considerar que aquel precepto de la LDT no pretende ir más allá de imponer el respeto de las disposiciones españolas sobre los aspectos o facetas individuales de los dos derechos (señaladamente, libertad de afiliación o no a un sindicato y adhesión o no a sus acuerdos, entre ellos los de declaración de huelgas), lo cual se solapa, en el caso de la libertad sindical, con la no discriminación por razón de la «afiliación o no a un sindicato» comprendida en el art. 3.1.c) de la LDT y también, implícitamente, en el art. 3.1.g) de la Directiva.

²⁸ Apunta la inclusión de las disposiciones del Estado de destino relativas a la libertad sindical dentro del concepto de disposiciones de orden público en el sentido del art. 3.10 de la Directiva la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre La aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros [COM (2003) 0458 final], de 25 de julio de 2003, apartado 4.1.2.2.

3.2. Mejora de la protección del trabajador desplazado mediante la ampliación de las condiciones de trabajo sometidas a su disfrute con arreglo a la más ventajosa regulación que reciban en la normativa nacional del Estado de acogida

La ampliación de la que se da cuenta se materializa en las modificaciones del apartado 1 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE que afectan al contenido de la letra c) y de las nuevas letras h) e i), así como en los apartados 1 *bis* y 1 *ter* incorporados a igual artículo.

Aunque las condiciones aquí consideradas forman parte de las más importantes, no son todas, ni siquiera, a partir de la aplicación de las medidas nacionales resultantes de la transposición de la Directiva (UE) 2018/957, cuando el desplazamiento merezca ser calificado de larga duración (tenga una duración superior a doce o, en su caso, dieciocho meses) o afecte a trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal. Si así fuese, la ley del Estado de destino pasaría a regir por completo el contrato de trabajo, en sustitución de la ley bajo la que se hubiese celebrado. Se sigue aceptando, pues, que en cada posible Estado de destino o acogida puedan existir trabajadores sometidos a algunas condiciones inferiores a las de otros ocupados en igual trabajo, por no figurar entre las garantizadas.

No pierda el tiempo el lector en tratar de encontrar mejora alguna de la protección en la versión en lengua española de la letra d) del apartado 1 del art. 3. En su redacción todavía aplicable (recuérdese que lo es hasta el 30 de julio de 2020), esa letra d) garantiza que los trabajadores desplazados disfrutará, con arreglo a la regulación más ventajosa que tengan en el Estado de destino, las "condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino". En la versión en lengua española de la nueva redacción que adquiere aquel apartado 1 con la Directiva (UE) 2018/957 la garantía se predica de "las condiciones de desplazamiento de los trabajadores (*sic*), en particular por parte de empresas de trabajo temporal". Se trata de un lapsus linguae. Lo confirma que en la versión en otras lenguas

se siga haciendo referencia a "les conditions de mise à disposition des travailleurs», a las «condizioni di fornitura dei lavoratori», a las «condições de disponibilização dos trabalhadores» o a «the conditions of hiring-out of workers». Como tal lapsus linguae se debe tomar y, por lo tanto, de acuerdo con el ya indicado criterio del Tribunal de Justicia sobre la solución de las divergencias entre las versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión²⁹, hay que entender que no se ha producido aquí cambio alguno; esto es, que lo garantizado siguen siendo las condiciones de suministro de mano de obra o puesta a disposición.

3.2.1. Mejora fruto de las letras h) e i) del nuevo texto del apartado 1 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE

Con las modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2018/957, la lista de las que en la nueva redacción que adquiere el apartado 1 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE se denominan, sin más, en la versión en lengua española, «condiciones de trabajo»³⁰ se amplía con la inclusión de:

- 1) "Las condiciones de alojamiento de los trabajadores, cuando el empleador se las proporcione a trabajadores que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual [nueva letra h)]. Se incluyen aquí, por ejemplo, el tipo de alojamiento (en hotel, en pensión o residencia, en apartamento alquilado o de propiedad de la empresa del trabajador desplazado, en módulo habilitado al efecto en el propio lugar de trabajo) y sus características [distancia respecto al lugar de trabajo, categoría (hotel de una, dos, tres o más estrellas), superficie, acondicionamiento, instalaciones complementarias, como disponibilidad de piscina o de gimnasio, etc.]."

²⁹ Véase *supra* nota 15 y texto concordante.

³⁰ Se deja de hacer referencia a "condiciones de trabajo y empleo", que se mantiene en la versión en otras lenguas, como la italiana ("condizioni di lavoro e di occupazioni"), francesa ("conditions de travail et d'emploi") y portuguesa ("condições de trabalho e emprego"). Sobre la solución a este tipo de divergencias véase *supra* nota 15 y texto concordante.

- 2) “Los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención, previstos para los trabajadores que están fuera de su domicilio por motivos profesionales” [nueva letra i)].

Ambos conceptos se introducen en el curso de la discusión en el Parlamento Europeo de la propuesta de Directiva de modificación de la Directiva 96/71/CE. Por lo que respecta al segundo, se hacía referencia, en la que entonces constituía la nueva letra g) *ter*, a “*las cuantías de los complementos en concepto de gastos de viaje, alojamiento o manutención previstas para los trabajadores que están fuera de su lugar de trabajo habitual*”³¹.

Como sucede con el resto de las condiciones a las que se extiende la garantía o protección objeto de la Directiva 96/71/CE, habría que considerar que tanto la facilitación de las condiciones de alojamiento como el importe de los complementos o reembolsos por gastos de viaje, alojamiento y manutención [los comprendidos en la citada letra i), no otros posibles] pasarían a estar sometidos a lo que dispongan las normas nacionales del Estado de destino o acogida, cuando éstas sean más ventajosas que las del Estado de origen o envío³². Se está ante dos conceptos que hasta ahora estaban excluidos de la protección o garantía ofrecida por el Derecho de la Unión³³, que, al optar ahora por su inclusión, considera nece-

sario hacer precisiones sobre el segundo, las cuales son fruto de enmiendas admitidas a lo largo de la tramitación de la Directiva (UE) 2018/957, así como del acuerdo al que llegaron el Parlamento Europeo y el Consejo en la etapa final de la mencionada tramitación. Tales precisiones, sobre las que los estudios y notas doctrinales que he podido consultar transitan de forma acrítica y sin el menor análisis, se formulan en términos que no siempre facilitan la determinación exacta y segura de lo pretendido. No voy a hacer lo mismo que los autores de los aludidos estudios y notas y, aun a riesgo de equivocarme, paso a exponer mi opinión y dudas al respecto, que abro a la crítica de los lectores con la esperanza de que puedan aportar ideas que permitan aclarar el verdadero alcance de las aludidas precisiones, que son tres.

La primera de las precisiones aparece en el mismo apartado 1 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE, en su párrafo segundo. De acuerdo con ella, la eventual aplicación de la legislación del Estado de acogida al reembolso de los gastos que describe la letra i) del párrafo primero se refiere “*exclusivamente* a los gastos de viaje, manutención y alojamiento en que *hayan incurrido* los trabajadores desplazados cuando estos deban viajar a y desde su lugar habitual de trabajo”³⁴ situado en tal Estado, “o cuando su empleador los envíe temporalmente desde dicho lugar habitual de trabajo a otro lugar de trabajo”. Pues bien:

- 1) La indicación de que el reembolso de refleire “*exclusivamente*” a gastos en que “*hayan incurrido los trabajadores*” cierra cualquier posibilidad de aplicación de la legislación laboral del Estado de acogida a los gastos que deba asumir directamente el empresario. Se aprecia correspondencia entre tal indicación y la advertencia con la que concluye el considerando 7 de la Directiva (UE) 2018/957, relativa a que “*debe evitarse el pago por partida doble de los gastos de viaje, alojamiento y manutención*”.
- 2) Si la primera parte del comentado párrafo hace aplicable la letra i) a los gastos que hayan de soportar los trabajadores al te-

³¹ La cursiva es nuestra. Véase Proyecto de Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (procedimiento legislativo ordinario: primera lectura), de 19 de octubre de 2017 (A8-0319/2017).

³² Como manifiesta el considerando 7 de la Directiva (UE) 2018/957, en relación con las condiciones de alojamiento ofrecidas directamente o indirectamente a los trabajadores desplazados, “*las autoridades y organismos competentes (...) deben poder verificar*” que tales condiciones “*cumplan con aquellas normas nacionales del Estado miembro a cuyo territorio estén desplazados (...) que sean también aplicables a los trabajadores desplazados*”.

³³ Como tuvo ocasión de confirmar el Tribunal de Justicia. Así, en relación el importe de un pago por alojamiento y de cheques restaurantes, sentencia de 12 de febrero de 2015 (*Sähköalojen ammattiliitto*, asunto C-396/13; ECLI:EU:2015:C:86), apartados 58 a 63, ambos incluidos, y fallo 2).

³⁴ La cursiva es nuestra.

ner que viajar desde el Estado de origen al de acogida y viceversa, la segunda parte, referida a los gastos en que hayan incurrido los trabajadores desplazados “cuando su empleador los envíe temporalmente desde dicho lugar habitual de trabajo [en el Estado de acogida] a otro lugar de trabajo”, hace lo mismo en relación con los gastos de viaje, manutención y alojamiento correspondientes a la movilidad geográfica temporal del trabajador dentro del territorio del Estado de acogida y para realizar su trabajo en el marco de la prestación transnacional de servicios que hubiese justificado su desplazamiento desde el Estado de origen o envío. Esta interpretación también casa con el considerando 7 de la Directiva (UE) 2018/957 y, en concreto, con la declaración con la que comienza, según la cual “los trabajadores desplazados que sean trasladados temporalmente desde su lugar habitual de trabajo en el territorio del Estado miembro de acogida a otro lugar de trabajo, deben recibir al menos los mismos complementos o los mismos reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención por estancia de un trabajador fuera de su domicilio por motivos profesionales que los aplicables a los trabajadores locales en dicho Estado miembro”.

Las otras dos precisiones se integran en el contenido de la segunda parte del párrafo segundo y en el párrafo tercero de la nueva redacción que recibe el apartado 7 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE. De acuerdo con esa segunda parte del párrafo segundo, “sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, párrafo primero, letra h) (*sic*), el empresario reembolsará a los trabajadores desplazados” los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento (esto es, los de viaje, alojamiento y manutención) “de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales aplicables a la relación laboral”; esto es, la ley del contrato³⁵, no la ley del lugar en el que se preste el

trabajo como consecuencia del desplazamiento; si se quiere, la ley del Estado de acogida. Para entender lo que significa tan confusa regla, que parece entrar en contradicción con lo que resulta de los párrafos primero, letra i) y segundo, ambos del apartado 1 del art. 3 de la Directiva, ya no vale acudir a su versión en otras lenguas, pues en todas se viene a indicar lo mismo. Así las cosas, considero:

- 1) Que hay que partir de que la mención a la letra h) (la que incluye en la protección las “condiciones de alojamiento de los trabajadores” y conlleva la aplicación de la más ventajosa normativa nacional del Estado de acogida sobre los requisitos de esas condiciones) es un error y se debe sustituir por la mención a la letra i), que es la que extiende la protección a los gastos que se indican. Hay que partir de que se está ante un error salvo, acaso, que el resto de la regla se entienda como explico a continuación.
- 2) Que la declaración de que el empresario reembolsará tales gastos de conformidad con la ley del contrato estaría haciendo referencia a que es esta ley, no la del lugar donde temporalmente se presta el trabajo, la aplicable para determinar las modalidades o forma y momento del reembolso, la justificación de los gastos cubiertos o, en fin, la sujeción o no a tributación de los correspondientes pagos. En suma, se estaría estableciendo una relación de complementariedad entre la ley del contrato y la del Estado de acogida. La eventual aplicación de esta última, a tenor de la letra i) del párrafo primero del art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE quedaría para la determinación del importe o cuantía de los gastos. Ello casa con el origen de la referida letra i), que, según se indicó, se encuentra en una enmienda admitida en el curso de la

³⁵ Precisa la declaración de la Comisión Europea que acompaña como anexo a la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 29 de mayo de 2018, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de

16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [P8_TA(2018)0213], que «la Comisión entiende que «la legislación o las prácticas nacionales aplicables a la relación laboral» son, en principio, la legislación o las prácticas nacionales del Estado miembro de origen, salvo decisión en contrario con arreglo a las normas de la Unión sobre Derecho internacional privado».

discusión en el Parlamento Europeo de la propuesta de Directiva de modificación de la Directiva 96/71/CE, en la que se propuso la incorporación de una letra g) *ter* al párrafo primero del art. 3.1, relativa a “*las cuantías de los complementos en concepto de gastos de viaje, alojamiento o manutención previstas para los trabajadores que están fuera de su lugar de trabajo habitual*”. El propósito del párrafo segundo del apartado 7 del art. 3 sería, pues, el de impedir que pueda quedar sujeto a la aplicación de la normativa nacional del Estado de acogida todo lo que concierna a los reembolsos por los gastos de viaje, alojamiento y manutención; si se prefiere, de blindar la aplicación de la ley del contrato en relación con determinados aspectos del reembolso.

No parece ofrecer mayor duda el sentido del párrafo tercero del mismo apartado 7. La regla que incorpora atiende al problema de resolver cuándo un complemento específico por desplazamiento tiene en todo o en parte la consideración de remuneración (de salario) y, por lo tanto, en qué medida su importe constituirá una de las partidas del importe total bruto de la remuneración abonada al trabajador desplazado a comparar con el también importe total bruto de la remuneración que correspondería a igual trabajador de acuerdo con la normativa nacional del Estado de acogida. La aplicación de esta normativa se supedita a que la comparación revele que el primer importe bruto es inferior al segundo³⁶.

³⁶ Tal es el criterio que ha venido siguiendo el Tribunal de Justicia para admitir o rechazar la aplicación al trabajador desplazado del derecho al pago de “las cuantías del salario mínimo” de conformidad con la legislación laboral del Estado de acogida, reconocido en la versión inicial de la Directiva 96/71/CE [en el párrafo primero, letra c), de su art. 3.1]. Aplica el criterio la sentencia de 15 de marzo de 2001 (*Mazzoleni*, asunto C-165/98; ECLI:EU:C:2001:162), en la que el Tribunal examina si se adecua a los arts. 49 y 50 del TCE, a la sazón en vigor (hoy serían los arts. 56 y 57 del TFUE), la obligación de un prestador de servicios de abonar a los trabajadores desplazados a Bélgica el salario mínimo superior resultante de la aplicación del convenio colectivo que en este Estado regulaba la actividad (vigilancia privada) en la que aquéllos figuraban ocupados. Razona el Tribunal que “para comprobar si la protección de que disfrutaban los empleados en el Estado miembro de establecimiento es equivalente, las autoridades competentes del Estado miembro de acogida deben tomar en consideración, entre otros extre-

Pues bien, incumbe a la ley del contrato determinar si un complemento como el examinado se abona o no en concepto de remuneración³⁷ y, en el primer caso, si el abono en tal concepto es total o parcial. El silencio de aquélla al respecto o el no aclarar qué partidas del complemento son ajenas a la remuneración conduce a entender que la totalidad de éste obedece al reembolso de los gastos (de viaje, alojamiento y manutención) soportados por el desplazamiento. En términos de la regla a la que se viene haciendo referencia: «en caso de que las condiciones de trabajo aplicables a la relación laboral [*rectius*, la legislación o las prácticas nacionales aplicables a dicha relación; esto es, la ley del contrato] no indiquen si los elementos del complemento específico por desplazamiento se abonan en concepto de reembolso de gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento o como parte de la remuneración y, en su caso, cuáles son esos elementos, se considerará que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos».

Desde el punto de vista de la transposición de las modificaciones introducidas en la Directiva 96/71/CE en relación con los dos con-

mos, los relativos a la cuantía de la retribución y a la duración del trabajo a la que corresponde dicha cuantía, así como al *importe de las cotizaciones a la Seguridad Social y a la incidencia de la fiscalidad*” (apartado 39). Previamente, advierte que “si todos los trabajadores afectados disfrutaban de una situación equivalente en su conjunto en lo que atañe a las retribuciones, la fiscalidad y las cargas sociales en el Estado miembro de acogida y en el Estado miembro de establecimiento, cabe considerar que se ha alcanzado el objetivo del Estado miembro de acogida de garantizar a los empleados de tales prestadores de servicios el mismo nivel de protección social que se aplica en su territorio a los trabajadores del mismo sector” (apartado 35). En tales circunstancias, obligar al prestador del servicio a pagar el mencionado salario mínimo resultante de atender al convenio colectivo del Estado de destino constituiría una medida no necesaria ni proporcionada y, por lo tanto, contraria a la libre prestación de servicios.

³⁷ Lo primero, por ejemplo, por compensar los mayores inconvenientes inherentes al desplazamiento (aislamiento personal, el alejamiento de la familia y del entorno habitual o el mayor tiempo a invertir para cubrir el trayecto ida o de regreso del trabajo) o la mayor carestía de la vida en el Estado de acogida. Sobre la inclusión dentro de la remuneración del importe de una indemnización diaria y de un complemento por trayecto diario, sentencia *Sähköalojen ammattiliitto*, cit., apartados 46 a 57, ambos incluidos, y fallo 2).

ceptos que integran la mejora de la que trata este apartado, es preciso la incorporación de ambos a la lista de las "condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados" que describe el art. 3.1 de la LDT. Aunque puede bastar con añadir sendas letras reproduciendo los términos de las letras h) e i) que pasan a formar parte de la nueva redacción que recibe el párrafo primero del art. 3.1 de la Directiva, es preferible una transposición más ambiciosa que dé cabal cuenta del significado que tienen para el legislador español las ya examinadas precisiones que hace aquélla sobre los reembolsos por los gastos de viaje, alojamiento y manutención objeto de la referida letra i).

3.2.2. *La garantía de la percepción de un salario no inferior al de los trabajadores locales*

La supresión de la brecha salarial entre los trabajadores desplazados y los trabajadores contratados en el Estado de acogida ocupados en un trabajo de iguales características y, de paso, la introducción de mayor certidumbre sobre el importe salarial garantizado a los primeros se procura por la Directiva (UE) 2018/957 mediante la modificación de la anterior la letra c) del párrafo primero del art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE. En la nueva letra c), la expresión "cuantías del salario mínimo" se sustituye por la más amplia de "remuneración". Se garantiza ahora al trabajador desplazado la percepción del importe superior que correspondería a un trabajador local en concepto de "remuneración, incluido el incremento por horas extraordinarias". Se mantiene la precisión de que "la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación".

Igual que sucedía con el concepto que se sustituye, la definición de la remuneración a tomar en consideración con arreglo a la nueva letra c) corresponde al Estado de acogida³⁸.

³⁸ Ello no exime de tener en cuenta la definición de la remuneración en la ley del contrato o normativa nacional del Estado de envío. Recuérdese que para determinar si la protección con arreglo a la normativa nacional del Estado de acogida es superior a la que concede la del Estado de envío y, por lo tanto, se debe aplicar la primera, es preciso, la comparación del importe bruto de la remuneración según la definición de

Así lo declara de forma expresa el párrafo tercero del nuevo art. 3.1 de la Directiva modificada³⁹, que acota el margen de maniobra de aquel Estado al disponer, en igual párrafo, que la determinación comprenderá todas las partidas a las que la normativa nacional atribuya la naturaleza de remuneración (o, si se prefiere, de salario)⁴⁰. Siempre según el citado art. 3.1 (párrafos cuarto, quinto y sexto), la información exacta y actualizada sobre tales partidas, igual que la de las demás condiciones de trabajo sujetas a la aplicación de dicha normativa nacional, deberá ser publicada por los Estados miembros, "sin demoras indebidas y de manera transparente", en el "sitio web nacional oficial único" a que se refiere el art. 5 de la Directiva 2014/67/UE⁴¹. De no facilitar ese sitio web la referida información, tal circunstancia «se tendrá en cuenta (...) a la hora de fijar las sanciones aplicables» por infracción de las condiciones de trabajo que han de garantizarse a los trabajadores desplazados, «en la medida necesaria para garantizar su proporcionalidad». Los términos empleados para describir la expresada obligación de información recuerdan el criterio del Tribunal de Justicia en relación con las reglas (modo y método) de cálculo de la remuneración fijadas por los instrumentos normativos del Estado de acogida, las cuales «deben ser vinculantes y responder a los requisitos de transparencia, lo que implica, en particular, que sean accesibles y claras»⁴².

A pesar del carácter sustancial del cambio que representa la sustitución de la expresión «cuantías del salario mínimo» por la

ésta en el primer Estado con la de igual importe bruto de la remuneración según la definición de ésta en el segundo Estado.

³⁹ "A los efectos de la presente Directiva, el concepto de remuneración vendrá determinado por la legislación o las prácticas nacionales del Estado miembro en cuyo territorio esté desplazado el trabajador".

⁴⁰ "Comprenderá todos los elementos constitutivos de la remuneración obligatorios en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales o de los convenios colectivos o los laudos arbitrales que, en dicho Estado miembro, hayan sido declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado 8".

⁴¹ Sobre la indicada página web véase disposición adicional novena de la LDT.

⁴² Sentencia *Sähköalojen ammattiliitto*, cit., apartados 40, 44 y 45 y fallo 2).

de «remuneración», su repercusión sobre el Derecho español es más bien limitada, dado el tenor del art. 4.1 de la LDT, que, a mi juicio, vendría a permitir, con leves modificaciones, dar cumplimiento satisfactorio a la exigencia de igualdad de remuneración implícita en el mencionado cambio. Bastaría con suprimir las menciones a la «cuantía mínima del salario» y pasar a hacer referencia a «salario». Con ello, el artículo se titularía «salario de los trabajadores desplazados» y se entendería por tal el que corresponda, en aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias o del convenio colectivo (en su caso, del laudo arbitral), al grupo o a la categoría profesional en que encaje la prestación del trabajador desplazado, en cómputo anual, sin los descuentos de los impuestos y de la parte de la cuota de Seguridad Social a cargo de aquél y por los conceptos de salario base, gratificaciones extraordinarias y complementos salariales, incluidos, en su caso, los debidos por horas extraordinarias y complementarias (esto último en el caso de trabajadores a tiempo parcial) y trabajo nocturno. Por último, la no inclusión de «cualesquiera mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social» iría ahora referida a las partidas que se consideran constitutivas del salario.

3.2.3. Una protección especial reforzada: las condiciones de trabajo garantizadas en los desplazamientos de larga duración

La menor o breve duración de los desplazamientos o su escasa importancia constituyen circunstancias en las que repara la Directiva 96/71/CE, antes y ahora, para reducir o autorizar a los Estados miembros a reducir en ellos el ámbito general u ordinario de la protección de los trabajadores desplazados. Se está ante desplazamientos en los que la Directiva disminuye o permite la disminución del núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima a respetar en el Estado de acogida por la empresa del trabajador. El régimen de tales desplazamientos, definitorio de una protección especial reducida y contenido en los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 3 de la Directiva, no experimenta modificación algu-

na⁴³, igual, por cierto, que la posibilidad de la adopción de una protección especial reforzada o ampliada por razones de orden público (apartado 10 del art. 3)⁴⁴.

Es novedoso, en cambio, el prestar atención a la mayor o larga duración del desplazamiento para obligar a la empresa a que garantice a los trabajadores afectados condiciones de trabajo adicionales a las que integran aquel ámbito ordinario o general de la protección. Lo hace el apartado 1 *bis* del art. 3, añadido por la Directiva (UE) 2018/957. A diferencia de lo que sucede con la transposición de otras modificaciones introducidas por esta última, la que afecta a cuanto dispone dicho apartado se presenta más delicada y laboriosa, sobre todo en lo que se refiere a la tarea de acotar los desplazamientos que comprende. Pueden servir al respecto los comentarios que realizo más adelante, a propósito del tratamiento que recibe la duración de tales desplazamientos en ese apartado 1 *bis*.

En la propuesta de modificación de la Directiva, era el desplazamiento de duración “real o prevista” superior a veinticuatro meses el que determinaba la mayor protección, que consistía en considerar “que el Estado miembro a cuyo territorio se haya desplazado al trabajador es el país en el que realiza habitualmente su trabajo” y, por lo tanto, en deter-

⁴³ Se ajusta a lo permitido por la Directiva el art. 3.3 de la LDT, según el cual “las condiciones de trabajo establecidas en la legislación laboral española relativas a las vacaciones anuales retribuidas y a la cuantía del salario no serán de aplicación en los desplazamientos definidos en las letras a) y b) del artículo 2.1.1º cuya duración no exceda de ocho días”. Aun no excediendo de ocho días, no existe ninguna disminución de la garantía, pues, en los desplazamientos de trabajadores que decidan las empresas de trabajo temporal para poner a éstos a disposición de empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España. Si existiera disminución, sería contraria a la Directiva, que limita las posibles disminuciones a adoptar por los Estados miembros a los desplazamientos que describen, precisamente, las indicadas letras a) y b) del art. 2.1.1º de la LDT (contratas y subcontratas, ampliamente entendidas, y desplazamientos dentro de la empresa o de un grupo de empresas).

⁴⁴ Sobre tal posibilidad véase J. GÁRATE CASTRO: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre (Madrid, 2018), págs. 595-597; también *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012), págs. 49 y sigs.

minar, en función de lo anterior, la ley aplicable al contrato de trabajo de conformidad con el Reglamento Roma I⁴⁵. En la modificación adoptada por la Directiva (UE) 2018/957, la duración tomada como referencia se reduce de forma considerable y la protección otorgada, aunque muy superior a la general u ordinaria, es menos intensa que la postulada en la indicada propuesta, pues, aunque se acerque notablemente a ello, no llega a hacer de la ley del Estado de acogida la ley del contrato.

La protección adicional se reserva para los desplazamientos cuya duración efectiva -no la previsible- sea superior a doce meses ampliables a dieciocho por la autoridad competente del Estado de acogida. La ampliación se supedita a que la empresa prestadora del servicio lo solicite y justifique o, como señala el párrafo segundo del citado apartado 1 *bis*, a que tal empresa «presente una notificación motivada». Para evitar que la sustitución de un trabajador desplazado por otro antes de los doce o de los dieciocho meses sirva para eludir la aplicación de aquella protección, se ordena, cuando el segundo pase a realizar «el mismo trabajo en el mismo lugar», que el cómputo de esos doce o dieciocho meses se lleve a cabo atendiendo a «la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de cada uno de los trabajadores desplazados de que se trate» (párrafo tercero del apartado 1 *bis*). A efectos de determinar si el sustituto es ocupado en el mismo trabajo en el mismo lugar se tendrá en cuenta, «entre otras cosas, la naturaleza del servicio que se preste, el trabajo que se realice y la dirección o direcciones del lugar de trabajo» (párrafo cuarto del apartado 1 *bis*). Todo lo anterior sugiere que:

- 1) De no mediar sustitución alguna, la protección adicional de la que es acreedor el trabajador desplazado opera a partir del momento en que su desplazamiento supere los doce o, en su caso, los dieciocho meses, con independencia de que siga o no ocupado en el mismo trabajo en el mismo lugar.
- 2) Cuando sea asignado al mismo trabajo en el mismo lugar, la protección adicional beneficia al trabajador desplazado para

sustituir a otro a partir del momento en que la suma del tiempo que lleve desplazado y del tiempo del desplazamiento del trabajador sustituido supere los doce o, en su caso, los dieciocho meses. No afecta a lo anterior el hecho de que la duración final del desplazamiento del primero diste mucho de llegar al indicado umbral temporal.

- 3) Cuando sea asignado a otro trabajo en otro lugar, el trabajador desplazado para sustituir a otro no se beneficiará de la protección adicional hasta que su actividad en el territorio del Estado de acogida supere los doce o, en su caso, los dieciocho meses. Lo mismo sucederá cuando sea asignado al mismo trabajo en otro lugar o a diferente trabajo en el mismo lugar. Puesto que el desplazamiento de larga duración conlleva una mayor carga para la empresa prestadora del servicio, el apartado 1 *bis* del art. 3 de la Directiva 96/71/CE debe ser objeto de una interpretación restrictiva, la cual evita que esa mayor carga se convierta, en contra de lo querido por el precepto, en una limitación desproporcionada de la libre prestación de servicios. El requisito del que se hace depender la acumulación de la duración de los períodos de desplazamiento de los trabajadores sucesivamente desplazados -realización del mismo trabajo en el mismo lugar- no constituye una excepción a la necesidad de la indicada interpretación. Una transposición del apartado 1 *bis* que disponga que es suficiente, a efectos de la referida acumulación, con la asignación al mismo trabajo o con la realización del trabajo en el mismo lugar, aunque ese trabajo sea diferente, vendría a romper el equilibrio que el Derecho de la Unión entiende que corresponde a las exigencias de la protección del trabajador desplazado y de la libre prestación de servicios; difícilmente se consideraría compatible con la libre prestación de servicios.

Siempre que su desplazamiento deba ser considerado de larga duración conforme a lo indicado, se le garantizan al trabajador desplazado (párrafo primero del apartado 1 *bis*), “sobre la base de la igualdad de trato”, que también rige en el caso de la protección general u ordinaria, “además de las condiciones de trabajo” contempladas en el apartado

⁴⁵ Véase *supra* nota 2.

1 del mismo art. 3 de la Directiva, “todas las condiciones de trabajo aplicables” de forma obligada a los trabajadores locales en el Estado miembro de acogida, tanto si figuran establecidas por disposiciones estatales como por convenios colectivos o laudos arbitrales del tipo de los que identifica el apartado 8 del artículo.

3.2.4. Una segunda protección especial reforzada: las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores desplazados a raíz de su puesta a disposición de empresas usuarias

Téngase en cuenta que si el desplazamiento de los trabajadores en misión o puestos a disposición de una empresa usuaria es de larga duración (más de doce o, en su caso, dieciocho meses), también pasa a ser aplicable la protección especial reforzada examinada en el apartado precedente. En ese caso, las empresas de trabajo temporal habrían de garantizar a los desplazados las condiciones de trabajo adicionales propias de tal protección que no entren en la igualmente protección especial reforzada objeto del presente apartado. Esta última dependía, hasta ahora, de su concesión por los Estados miembros. Les atribuía la correspondiente facultad el apartado 9 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE, según el cual cualquiera de ellos podría imponer a las empresas de trabajo temporal establecidas en otro Estado miembro el garantizar a los trabajadores puestos a disposición y desplazados al territorio el primero “el beneficio de las condiciones que se apliquen a los trabajadores interinos” locales, términos que comprendían, entre otras, las condiciones aplicables en cumplimiento del art. 5 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Pues bien, las modificaciones adoptadas por la Directiva (UE) 2018/957 reducen el margen de maniobra de las normativas nacionales. Lo hace el nuevo apartado 1 *ter* que se añade al art. 3 de la primera Directiva, en virtud del cual cada uno de los Estados miembros está obligado a ordenar que aquellas mismas empresas de trabajo temporal garanticen a los referidos trabajadores desplazados a su territorio “las condiciones de trabajo que se

aplican”, con arreglo al citado art. 5 de la Directiva 2008/104/CE, a los trabajadores en misión locales. La facultad de los Estados miembros se limita ahora, en la nueva redacción que recibe el apartado 9 del art. 3, a establecer que se garanticen también a los trabajadores en misión desplazados “el beneficio de otras condiciones de trabajo que se apliquen a los trabajadores temporales [en misión o puestos a disposición] en el territorio del Estado miembro en cuyo territorio se ejecute el trabajo”.

Aunque el art. 5 de la Directiva 2008/104/CE dispone que “las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto”, ese mandato de igualdad de condiciones se completa con la admisión de determinadas excepciones por parte de los Estados miembros, por ejemplo, en relación con la remuneración o la igualdad de trato. Tales posibles excepciones comportan que la transposición de aquel mandato presente diferencias de un Estado miembro a otro y, por lo tanto, que las condiciones de trabajo que el nuevo apartado 1 *ter* del art. 3 de la Directiva 96/71/CE obliga a garantizar al trabajador desplazado en misión no sean iguales en todos los casos y dependa de como el Estado de acogida haya realizado la referida transposición.

Concluye el apartado 1 *ter* imponiendo a la empresa usuaria una carga sobre la que, a mi juicio, no deberían guardar silencio las normativas nacionales de transposición. Recurriendo a términos más comprensibles que los que emplea el apartado, la empresa usuaria informará a la empresa de trabajo temporal “de las condiciones de trabajo que aplica” a sus trabajadores y que figuren en la lista que en la normativa nacional que haya transpuesto en el Estado de acogida la Directiva 2008/104/CE se corresponda con lo establecido en el art. 5 de ésta. La obligación de informar no se extiende, pues, a las condiciones de trabajo que no figuren en la aludida lista, las cuales, obviamente, no forman parte de la protección reforzada que se comenta.

La incorporación de un precepto disponiendo y acotando, en el sentido indicado, la obligación de información a cargo de la empresa usuaria sería lo único que precisaría la LDT para evitar toda objeción sobre la transposición suficiente tanto del nuevo apartado 1 *ter* del art. 3 de la Directiva 96/71/CE como, por lo que respecta al apartado 1 del mismo artículo, la letra d) del párrafo primero. Bastaría entonces con añadir al art. 3.2 de la LDT un párrafo sobre aquella obligación de información. El resto de las medidas relativas a la protección reforzada del trabajador en misión contenidas en la versión modificada de la Directiva son ya cubiertas suficientemente, aparte de por el citado art. 3.2, por el art. 4.2 de la LDT.

Establece el primero de esos dos preceptos de la LDT que «las empresas de trabajo temporal, además de garantizar a sus trabajadores desplazados, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo a que se refiere el apartado anterior previstas por la legislación laboral española, *deberán cumplir las condiciones que establece la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para la cesión de trabajadores a empresas usuarias*». Esa segunda parte del precepto, destacada en letra cursiva:

1) Obedece, propiamente, a lo que pide, antes y ahora, el art. 3.1.d) de la Directiva 96/71/CE. Obedece parcialmente, en la medida en que las «condiciones» a las que se refiere comprenden las que impone la Ley 14/1994, de 1 de junio (en adelante, LETT), para que las empresas de trabajo temporal establecidas en otro Estado de la Unión o del Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE) puedan operar o desarrollar sus actividades en España y, por lo tanto, celebrar con empresas usuarias contratos de puesta a disposición a ejecutar en territorio español. Esas condiciones, que no constituyen, en rigor, condiciones de trabajo y empleo del trabajador desplazado, son las que aparecen en el art. 22.1.a) y b) de la LETT, que se dan por reproducidas. A ellas cabe añadir la necesidad de que en el contrato de puesta a disposición figure la retribución total que para el puesto de trabajo a cubrir señale el

convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria y que correspondería al trabajador cedido de haber sido contratado directamente por ella⁴⁶; también la necesidad de que el referido puesto de trabajo cuente con la preceptiva evaluación de riesgos laborales⁴⁷.

2) Obedece también a la obligación de la empresa de trabajo temporal de conceder al trabajador cedido, mientras dure su cesión y desplazamiento, el disfrute de ciertas condiciones de trabajo y empleo como si hubiese sido contratado directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto y siempre, claro está, que tal disfrute sea más ventajoso para aquél que el que tendría en aplicación de su contrato de trabajo y de la ley por la que se rija. Ahora bien, semejante igualación de condiciones ya no deriva de lo exigido por la transposición del art. 3.1.b) de la Directiva 96/71/CE. Encuentra apoyo en la facultad que confiere a los Estados miembros el apartado 9 del art. 3. de la versión anterior y todavía aplicable de ésta⁴⁸ y vendría a constituir transposición suficiente del mandato que contiene

⁴⁶ La observancia de esta condición resulta tanto de la remisión que hace el art. 22.1.c) de la LETT al art. 11.1 de igual texto legal como de su inclusión en el art. 4.2 de la LDT. Por cierto, tal inclusión conduce a que el requisito también sea exigible, en virtud de lo que ordena la disposición adicional cuarta de la LDT, en los contratos de puesta a disposición que se concierten con empresas de trabajo temporal establecidas en Estado no perteneciente a la Unión o al EEE.

⁴⁷ Esta condición, que figura en el art. 12.3 de la LETT y, por lo tanto, no forma parte de los requisitos que establece el cap. II de igual texto legal, a los que remite su art. 22.1.a), es exigible por constituir una medida preventiva de la salud laboral (véase art. 2.1 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal), comprendida en las que garantiza, en transposición del mismo precepto de la Directiva 96/71/CE, el art. 3.1.e) de la LDT. También es exigible, por la razón indicada en la nota anterior, en los contratos de puesta a disposición que se concierten con empresas de trabajo temporal establecidas en Estado no perteneciente a la UE o al EEE.

⁴⁸ «Los Estados miembros podrán disponer que las empresas mencionadas en el apartado 1 del artículo 1 garanticen a los trabajadores, con arreglo a la letra c) del apartado 3 del artículo 1, el beneficio de las condiciones que se apliquen a los trabajadores interinos en el Estado miembro en cuyo territorio se ejecute el trabajo».

el apartado 1 *ter* añadido al mismo artículo por la Directiva (UE) 2018/957. Con la transposición de la Directiva 2008/104/CE, el comentado art. 3.2 de la LDT ha pasado a cubrir la preferencia aplicativa de la regulación española en materia de igualdad de condiciones; sus términos, puestos en relación con los arts. 11.1 y 22.1.c) de la LETT, acogen la aplicación de la igualdad dispuesta por el primero de esos preceptos a los supuestos de cesiones transnacionales de trabajadores por empresas de trabajo temporal establecidas en otros Estados miembros de la Unión o del EEE y en sustitución, si resultase menos favorable, de la igualdad que pueda disponer la normativa que en el Estado de origen haya transpuesto la Directiva 2008/104/CE⁴⁹.

Por lo que respecta al art. 4.2 de la LDT, su contenido deja de responder a la facultad otorgada a los Estados miembros por el apartado 9 del art. 3 de la versión anterior de la Directiva 96/71/CE y pasa a servir para completar la transposición del apartado 1 *ter* de la nueva versión de igual artículo. Dispone aquel precepto: 1) que la empresa de trabajo temporal habrá de abonar al trabajador desplazado, durante los

períodos de prestación de servicios en España, siempre que resulte más ventajosa para él, “como mínimo la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo”; 2) que tal remuneración “deberá incluir, en su caso (*sic*), la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones”; y 3) que corresponde a la empresa usuaria, además de la “cuantificación de las percepciones finales del trabajador”, la consignación dicho salario en el contrato de puesta a disposición del trabajador.

3.2.5. *El carácter común de la aplicación del convenio colectivo y del laudo arbitral como fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo y empleo garantizadas*

Señala el art. 3 de la versión inicial de la Directiva 96/71/CE, en el apartado 1, que las condiciones de trabajo y empleo comprendidas en la protección se reconocerán en la forma que aparezca establecida en el Estado de acogida, además de por sus disposiciones legales y reglamentarias o administrativas, por los “convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación *general* con arreglo al apartado 8”. En la nueva redacción del artículo, se abandona la mención a los convenios colectivos o laudos arbitrales de aplicación general y se prefiere hacer referencia a los “convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación *universal* o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado 8”. La nueva referencia se utiliza, además de en el apartado 1, esto es, en la determinación de las fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo y empleo propias de la protección general u ordinaria, en el apartado 1 *bis*, esto es, en la determinación de las fuentes reguladoras de la protección especial reforzada correspondiente a los desplazamientos de larga duración. Sea como fuere, a los efectos aquí considerados las expresiones “aplicación general” y “aplicación universal” son equivalentes. Por otro lado, la lectura del citado apartado 8, en su versión anterior y en la nueva, que no varía sustancialmente, muestra que se ha querido que el convenio colectivo de empresa no pueda ser tomado como

⁴⁹ La igualdad incluiría, dada la forma en que la disposición adicional cuarta de la LDT da cumplimiento a lo ordenado por el art. 1.4 de la Directiva 96/71/CE, a las empresas de trabajo temporal de otros Estados no pertenecientes a la UE ni al EEE. Por lo demás, la obligación y la determinación de las concretas condiciones de trabajo y empleo a las que alcanza requiere atender al inciso final del art. 22.1.c) de la LETT, que impone a la empresa de trabajo temporal la observancia de lo que establece el art. 11.1 de igual texto legal (en transposición del art. 5.1 de la Directiva 2008/104/CE). Aquellas condiciones son las que este último precepto califica de “esenciales”, las cuales se corresponden, sin dificultad, con las que contempla el art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE y los arts. 3.1 y 4.2 de la LDT. Desde este punto de vista, la singularidad reside en que las fuentes reguladoras de las condiciones esenciales concernidas pasan a ser las aplicables a la empresa usuaria. Así, la amplitud de esas condiciones será, en su caso, la que derive del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de dicha empresa, que tanto puede ser sectorial como de empresa, grupo de empresas o de empresas en red. Se asistiría, pues, a una posible excepción a la regla del art. 3.4 de la LDT, según la cual las condiciones de trabajo y empleo que garantiza son, además de las reconocidas por la normativa estatal, las contenidas en los convenios colectivos sectoriales.

fuente reguladora de las condiciones de trabajo y empleo garantizadas⁵⁰.

Mucha mayor importancia tiene el cambio que experimenta el tratamiento del obligado recurso a esos convenios colectivos o laudos arbitrales de aplicación general o, ahora, de aplicación universal como fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo y empleo comprendidas tanto en la protección general u ordinaria como en la especial y reforzada de los desplazamientos de larga duración.

En la versión inicial y aún aplicable de la Directiva 96/71/CE, el reconocimiento del derecho del trabajador desplazado al disfrute de las aludidas condiciones de trabajo en la forma más ventajosa resultante de atender a los mencionados convenios y laudos sólo es obligada en relación con las actividades de la construcción que figuran en su anexo y depende, para cualesquiera otras actividades, de que así lo dispongan los Estados miembros, al amparo de la facultad que al respecto les atribuye el apartado 10 del art. 3 de aquélla⁵¹. Esta facultad desaparece a partir del 30 de julio de 2020, con la aplicación de la Directiva 96/71/CE en su nueva redacción. En ella el convenio colectivo y el laudo arbitral de "aplicación general" o, en la nueva y análoga expresión que se emplea, de "aplicación universal" forman parte de las fuentes reguladoras de las condiciones contempladas, cualquiera que sea la actividad correspondiente a su ámbito funcional.

Antes y ahora, la sujeción de las empresas prestadoras del servicio transnacional al reconocimiento de las condiciones garantizadas según aparezcan reguladas por convenio colectivo o laudo arbitral del tipo indicado debe tener lugar, para no conducir a una desigualdad de trato contraria a la libre prestación de servicios, en la misma forma que para las empresas establecidas en el Estado de destino.

⁵⁰ Sin perjuicio de la excepción de la que se da cuenta *infra* nota 53.

⁵¹ Según dicho apartado, la Directiva no impedirá que los Estados miembros impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, "por igual", "condiciones de trabajo y empleo fijadas en convenios colectivos o laudos arbitrales de acuerdo con el apartado 8 que se refieren a actividades distintas de las contempladas en el anexo".

Si estas últimas pueden quedar fuera de la sujeción al convenio colectivo o laudo arbitral en determinadas circunstancias, también lo han de poder conseguir las primeras. Así resulta del ya indicado apartado 8 del art. 3, que hace hincapié en el carácter imprescindible de esa "igualdad de trato", antes en relación con el reconocimiento de conformidad con el convenio colectivo o el laudo de las condiciones de trabajo listadas en el apartado 1 del art. 3 y ahora, en su nueva redacción, también en relación con igual reconocimiento respecto de las condiciones de trabajo garantizadas en el apartado 1 *bis* del mismo artículo o, lo que es igual, en los desplazamientos de larga duración. Siempre según el apartado 8, se entenderá que existe la referida igualdad de trato cuando las empresas nacionales que se encuentren en una situación similar "estén sometidas, en el lugar de actividad o en el sector de que se trate, a las mismas obligaciones que las empresas objeto de los desplazamientos", por lo que se refiere, una vez sea de aplicación la nueva versión de la Directiva 96/71/CE, a los dos grupos de condiciones de trabajo de los que se acaba de dar cuenta y "se les exija [que] cumplan dichas obligaciones con los mismos efectos"⁵².

⁵² A diferencia de la redacción anterior, que hacía referencia a que a las empresas nacionales se les pudiese exigir el cumplimiento de las obligaciones en cuestión con los mismos efectos, la nueva redacción del apartado 8 es aquí categórica en cuanto al carácter imperativo de la exigencia. Sobre la señalada necesaria igualdad de trato cabe traer a colación las advertencias que realiza el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 25 de octubre de 2001 [(*Finalarte*, asuntos acumulados C49/98, C50/98, C52/98 a C54/98 y C68/98 a C71/98; ECLI:EU:C:2001:564), apartados 81, 82 y 83 y fallo.3] y 24 de enero de 2002 (*Portugaia Construções, Lda.*, asunto C164/99; ECLI:EU:C:2002:40), esta última enjuiciando la posibilidad de que las empresas establecidas en Alemania puedan, mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa, abonar un salario mínimo más bajo que el establecido en otro convenio colectivo declarado de aplicación general. Para el Tribunal de Justicia, "el hecho de que un empresario establecido en otro Estado miembro, a diferencia del empresario del Estado miembro de acogida, no tenga la posibilidad de sustraerse a la obligación de pagar el salario mínimo previsto en el convenio colectivo del sector de la actividad de que se trate crea una desigualdad de trato contraria al artículo 59 del Tratado" (apartado 34); "el hecho de que un empresario nacional pueda, mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa, abonar un salario mínimo más bajo que el establecido en un convenio colectivo declarado de aplicación general, mientras que un empresario establecido en otro Estado miembro no

Por lo que concierne al Derecho español, la LDT, haciendo uso de la facultad reconocida a los Estados miembros en el apartado 10 del art. 3 de la versión inicial y aún aplicable de la Directiva, ha optado por garantizar la aplicación de la regulación convencional sectorial cualquiera que sea su ámbito funcional. Lo lleva a cabo en su art. 3.4, según el cual los empresarios de los trabajadores desplazados deben garantizar a éstos la observancia de las más ventajosas condiciones de trabajo objeto de la protección contenidas «en las disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate». Tales términos valen para cumplir con el carácter común que adquiere la aplicación del convenio colectivo y del laudo arbitral en la nueva versión de aquella Directiva⁵³. Quizás

sería oportuno aprovechar su transposición para completar los indicados términos con una mención a que los aludidos convenios colectivos y laudos arbitrales son igualmente fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo comprendidas en la protección especial y reforzada propia de los desplazamientos de larga duración. Asimismo, para evitar que pueda ser necesario realizar una interpretación conforme del precepto en relación con los desplazamientos decididos por empresas establecidas en otro Estado miembro de la Unión o del EEE, no sobraría disponer expresamente que la observancia de los convenios colectivos y laudos arbitrales de que se trata por parte de las empresas prestadoras de los servicios se produciría en forma que quede garantizada la igualdad de trato que demanda el Derecho de la Unión.

pueda hacer lo mismo, constituye una restricción injustificada de la libre prestación de servicios" (apartado 35 y fallo.2).

⁵³ Téngase en cuenta que, como excepción a la transcrita regla del art. 3.4 de la LDT, en el caso de los desplazamientos de trabajadores de empresas de trabajo temporal puede llegar a ser obligado que éstas garanticen condiciones de trabajo reguladas en el convenio colectivo de empresa, de grupo de empresas o de empresas en red que rija en la empresa usuaria. La observancia de esa regulación se produciría en cumplimiento del derecho de los trabajadores cedidos, mientras dure el desplazamiento, al disfrute de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto (véase supra, apartado 3.2.4). La necesidad de tal observancia en modo alguno entra en oposición con lo dispuesto en el apartado 8

del art. 3 de la Directiva 96/71/CE. Todo lo contrario. La interpretación sistemática del apartado, en su versión anterior y en la nueva, impide apreciar en él la intención de que los desplazamientos a los que se ha hecho referencia no constituyan una posible excepción a la regla de la garantía de las condiciones de trabajo y empleo establecidas por el convenio colectivo o laudo de aplicación universal. En tales desplazamientos, la toma en consideración del convenio colectivo de empresa, grupo de empresas o empresas en red que rija en la empresa usuaria se sustentaba, hasta ahora, en la relación entre apartado 8 y el apartado 10 del igual artículo; con la modificación de este artículo, pasa a sustentarse en su apartado 1 *ter* y en la nueva redacción que recibe su apartado 10.

La legitimidad activa y pasiva ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una propuesta de reforma del artículo 44 de la Convención*

Active and passive legitimacy in the face of the Inter-American Human Rights System: a proposal for the amendment of article 44 of the Convention

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ**

SUMARIO: Introducción.- La legitimidad activa ante el SIDH: el principio de personalidad y reconocimiento de los nuevos sujetos colectivos informales.- La legitimidad pasiva ante el SIDH: la posibilidad de juzgar a terceros privados.- Extraterritorialidad y *drittwirkung* como reformas en el actual SIDH.- Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) tiene su documento base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la cual fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Originalmente, el SIDH fue pensado, en lo político, como un sistema de descrédito y denun-

cia internacional de las dictaduras militares en la región y, en lo jurisdiccional, como un instrumento de consolidación de los procesos transicionales a la democracia.

Actualmente, superadas las viejas dictaduras militares autárquicas y en el marco de un nuevo contexto de estados insertados en un mundo de capitalismo globalizado, las problemáticas y formas de vulneración de derechos humanos son muy distintas. Ello obliga a una adaptación del SIDH a las nuevas realidades, analizando las deficiencias que el sistema presenta y formulando propuestas que puedan contribuir a una mayor justicia-bilidad de los derechos.

El debate sobre las deficiencias y limitaciones del actual SIDH y la formulación de tímidas propuestas en este sentido, viene

* El presente trabajo recoge parte de los aportes del autor al proyecto de investigación en torno a las limitaciones del actual Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a las posibles vías para su superación, realizado a lo largo de 2014 en el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional de Ecuador.

** Universidad de Valencia.

produciéndose desde hace años en el interior de la Organización de Estados Americanos (OEA), así como mediante posicionamientos políticos de los Estados miembros¹ o en el ámbito académico².

Algunas de las limitaciones de planteadas en la CADH son deficiencias en la sistemática y conceptuales o de redacción; lagunas normativas, de aplicación, de supervisión, de implementación y de ratificación. Además, existen muchos derechos reconocidos en los Tratados del Sistema de Naciones Unidas, en la propia jurisprudencia de la Corte IDH o que se consideran y se aplican como tales en la práctica jurídica internacional, que no están positivizados en la Convención. El método que se ha empleado para ampliar, enriquecer y corregir las múltiples deficiencias técnicas de la Convención ha sido un intenso activismo judicial, particularmente entre los años 1999 y 2007³.

Sin embargo, nos centraremos en este trabajo en algunas de las deficiencias procesales del SIDH y, más concretamente, la cuestión de la legitimidad activa y pasiva ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

¹ En el ámbito interno de la OEA, en 2011 se conformó y reunió un Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del SIDH, en el que participaron Estados y organizaciones de la sociedad civil. Entre las intervenciones y documentos presentados destacan el de la Delegación de México (*Desafíos y objetivos de mediano y largo plazo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 12 de septiembre de 2011, Doc. OEA/Ser.G GT/SIDH/INF.4/11). Sobre algunas de las propuestas formuladas puede verse: W.A.A., "Reflexiones para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Revista Aportes DPLF*, núm. 16 (5), marzo de 2012). Los documentos de posición e intervenciones de las organizaciones de la sociedad civil y de los Estados miembros de la OEA, pueden ser consultados en: <http://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimiento.asp>.

² Véase, A. de Cabo, et. al., *Hacia un Nuevo Convenio Latinoamericano de Derechos Humanos*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2015.

³ Para un estudio detallado de estas limitaciones, *vid. Ibid.* pp. 23-100.

LA LEGITIMIDAD ACTIVA ANTE EL SIDH: EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD Y RECONOCIMIENTO DE LOS NUEVOS SUJETOS COLECTIVOS INFORMALES

La legitimidad activa ante el SIDH está regulada en el art. 44 de la CADH. Éste otorga posibilidad de presentar denuncias de violación de derechos a la Comisión, sólo a personas, grupos de personas u organizaciones no gubernamentales de los Estados firmantes, no de otros Estados⁴.

Respecto de esta regulación, propondremos dos novedades que podrían contribuir a mejorar la justiciabilidad de los derechos: una es la desvinculación de la legitimidad activa del principio de territorialidad y su vinculación al principio de personalidad. Y la otra, es el reconocimiento a los nuevos sujetos colectivos informales de legitimidad activa para acudir al SIDH.

En cuanto a la primera, tomado en consideración que, durante las últimas décadas, la llamada globalización ha supuesto la ampliación de la actividad transfronteriza de los agentes públicos y económico privados y la aparición de nuevos actores privados transnacionales que operan por encima las fronteras de los Estados vulnerando derechos⁵, el sistema internacional de protección de derechos humanos debe adaptarse a esta realidad y, en consecuencia, tendría que vincular la legitimación activa ante estos órganos jurisdiccionales internacionales no al principio de territorialidad, sino al principio de personalidad. Esto es, garantizar que no sólo los particulares nacionales de los Estados firmantes del tratado en cuestión como establece el citado art. 44 de la CADH, sino cualquier persona, independientemente de donde viva, a la que un actor público o privado nacional de un

⁴ Art. 44 CADH: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".

⁵ Sobre ello, *vid. J.R. CAPELLA*, "Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales", en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

Estado firmante haya vulnerado un derecho, puede iniciar un proceso judicial contra este, ante el SIDH.

Ello tiene especial sentido, por ejemplo, para el caso de trabajadores de filiales de empresas transnacionales públicas o privadas de nacionalidad de un Estado firmante, en terceros países no firmantes, a quienes se les vulneran sus derechos humanos.

Ello permitiría que estos trabajadores de un país no firmante pudieran exigir responsabilidad al Estado de origen de la empresa transnacional, sobre la base de una teoría de control efectivo sobre la red transnacional de actividades de una corporación. Los Estados tienen la obligación de respetar los derechos humanos. Si bien es cierto que esta obligación, es una obligación principalmente territorial, también es cierto e indiscutible que bajo los tratados internacionales de derechos humanos, la responsabilidad de proteger tales derechos se extiende también a actividades fuera de su territorio, siempre y cuando el Estado tenga jurisdicción sobre el actor o la conducta en cuestión. Este es un principio aceptado en el art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), o en el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Además, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos del PIDCP han confirmado a través de su jurisprudencia que, en ciertas ocasiones, los Estados parte del convenio son responsables de violaciones de derechos humanos que tienen lugar en el extranjero [Caso Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, Comunicación Núm. 56/1979, UN Doc.CCPR/C/OP/1 a 92 (1984); Caso Loizidou v. Turquía 15318/89, 1995 ECHR (13 de marzo 1995)].

Estas consideraciones pueden sustentar el argumento de que, hoy, existen bases legales y doctrinales⁶ para el desarrollo de una teo-

ría de la responsabilidad de los Estados de origen de las empresas transnacionales según la cual, el Estado es responsable de no actuar con la debida diligencia con respecto a la conducta de las empresas transnacionales en su territorio, cuando esta conducta está causando o pueda causar violación de derechos humanos en un país extranjero donde la corporación está haciendo negocios a través de sus subsidiarias, y cuando el Estado de origen tiene suficiente conocimiento de que tal conducta puede causar violación de derechos humanos en el extranjero, y tiene los medios legales y técnicos para tomar acciones preventivas para evitarlo. Los Estados de origen se encuentran estrechamente vinculados a la actividad de las empresas transnacionales, en tanto ellos se benefician de las operaciones de estas empresas a lo largo y ancho del mundo, a través de los ingresos por impuestos y el incremento de la riqueza de sus ciudadanos. Además las empresas financian y controlan la mayor parte de la investigación de estos países, que es el motor de la innovación tecnológica y el crecimiento económico de los mismos.

Esta no es una idea para nada nueva, existen algunos países donde se permite que un tribunal nacional acuerde una aplicación extraterritorial de la ley nacional del país de origen de la empresa. En Estados Unidos, por ejemplo, este tipo de reclamos han sido posibles a través del funcionamiento de la Ley de demandas de partes contratantes extranjeras (*Alien Tort Claims Act*) de 1789, que dio jurisdicción a las cortes federales para oír las demandas de las partes contratantes para alegar violaciones extraterritoriales de la ley norteamericana por parte de empresas de este país. En el caso "Doe v. Unocal" (Doe v. Unocal, 963 F. Supp. 880 U.S.; 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000), *Aff'd*. 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001)), ciudadanos de Myanmar demandaron una corporación multinacional norteamericana bajo este estatuto para obtener reparación por un conjunto de abusos sobre derechos

⁶ Sobre ello, *vid.* D. AMOROSO, "Moving towards Complicity as a Criterion of Attribution of Private Conducts: Imputation to States of Corporate Abuses in the US Case Law", *Leiden Journal of International Law*, núm. 24, 2011; B.I Bonafé, *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2009; O. de FROUVILLE, "Attribution of Conduct to The State:

Private Individuals", en *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 257-280; V. BALLESTEROS, *La atribución al Estado del comportamiento de los particulares en el ámbito de la responsabilidad internacional*, Tesis doctoral, UCLM, 2013 (<http://hdl.handle.net/10578/3793>).

humanos presuntamente cometidos por el acusado en Myanmar en el curso de la realización de un proyecto de petróleo y gas y que supuso la reubicación forzosa de personas, el trabajo obligatorio y la tortura⁷. Expandiendo la anterior jurisprudencia que había empezado con la decisión histórica en el caso “Filartiga v. Pena Irala” (Filartiga v. Pena-Irada, United States Court of Appeals, Second Circuit, 1980, 630 F.2d 876), la Corte declaró que las empresas multinacionales norteamericanas, con sus operaciones extranjeras, también son capaces de violar las normas del derecho nacional, incluyendo normas de derechos humanos, y por tanto, de ser jurídicamente responsables.

En Bélgica, la Ley de Competencia Universal ideó otro mecanismo que permitía que un tribunal belga conociese de cualquier violación de los derechos humanos donde quiera que ésta se hubiera cometido, y con independencia de quiénes fueran los autores y las víctimas. Esta ley fue reformada y más tarde abolida en 2003 por razones políticas y diplomáticas⁸. O, en Francia, puede recurrirse a un tribunal francés por un hecho cometido en el extranjero en virtud del privilegio de nacionalidad del autor o de la víctima. Así, una víctima puede llevar ante un tribunal francés al autor (persona física o jurídica) de un delito o falta o de un daño cometido en el extranjero. Esta regla es válida tanto en derecho penal (art. L.113.6 y L.113.7 del Código penal) como en derecho civil (art.15 del Código civil y 42 del Nuevo Código de Enjuiciamiento Civil y Reglamento de «Bruselas I»). Aunque *“los hechos deben estar castigados en la legislación del país donde se han cometido”*, lo que no siempre ocurre. Y *“el procedimiento relativo a los delitos sólo puede entablarse a solicitud del Ministerio Público”* según el art. 113.8 del Código Penal. Un conjunto de condiciones que por el momento han impedido que las demandas pre-

sentadas en Francia contra multinacionales francesas hayan dado lugar a los resultados esperados⁹.

En cuanto a la segunda cuestión relativa al reconocimiento de legitimidad activa a los nuevos sujetos colectivos informales, si bien en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, la sociedad industrial fordista de pleno empleo y la conformación de una fuerte identidad colectiva de clase entre los trabajadores, permitió la conformación de grandes sujetos colectivos unitarios legalmente registrados (las grandes centrales sindicales y los partidos socialdemócratas o comunistas vinculados a éstas) con un alto nivel de representación entre las clases populares; en América Latina ello nunca ha sido así¹⁰.

La ausencia de una sociedad industrial fordista y la existencia de múltiples formas de economía informal y de supervivencia, ha hecho que el sindicato como estructura representativa de los intereses de todos los trabajadores presente en Europa durante la sociedad fordista, ha sido tradicionalmente sustituida en América Latina por una multiplicidad no unitaria de actores sociales que no está articulada como identidad colectiva a partir de unas únicas siglas, sino que se trata de un variado abanico de luchas desconectadas, transversalizadas a lo largo de la sociedad civil y basadas en los relatos micro que afectan a parcelas concretas de la sociedad¹¹.

Ante esta realidad, si bien tradicionalmente el sujeto de referencia ha sido el individuo o personas jurídicas legalmente registradas, un constitucionalismo internacional adaptado a nuestros tiempos deberá reconocer también, explícitamente, la multiforme pluralidad de

⁹ W. BOURDON, “Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international de droits de l’homme”, *Revue de sciences criminelles*, núm. 4, 2005, pp.747-753.

¹⁰ Para una explicación de porqué en América Latina no se desarrolla la forma Estado social, *vid.* R. VICIANO y R. MARTÍNEZ, “Crisis del Estado Social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 21, 2017.

¹¹ A. NOGUERA, “Los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en G. ESCOBAR (dir.), *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 28-29.

⁷ W.J. ACEVES, “Doe v. Unocal - U.S. district court ruling in action by Burmese farmers for human rights violations against their persons and property”, *American Journal of International Law*, Vol. 92, no. 2, 1998.

⁸ A. BAILLEUX, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l’expérience belge à l’exigence d’une justice pénale transnationale*, éd. Bruylant, Paris, 2005.

movimientos sociales existentes. Así pues es necesario reconocer a éstos últimos sujetos la posibilidad de interponer recursos jurisdiccionales para la protección de derechos.

Esta es ya una posibilidad reconocida a nivel interno de los Estados por las recientes constituciones latinoamericanas, así la Constitución boliviana de 2009 en su artículo 14.III establece como titulares de los derechos todas las personas y todos los colectivos, ya sean pueblos o naciones en el interior del Estado u organizaciones sociales, independientemente de si están registradas o no. La legislación que ha desarrollado este artículo (Ley núm. 241 de participación y control social, de 5 de febrero de 2013), reconoce como actores de la participación y el control social, la sociedad civil organizada, ya sea en forma de organizaciones orgánicas y reconocidas legalmente (sindicatos, etc.), comunitarias (organizaciones, pueblos o naciones indígenas) o informales y circunstanciales (aquellas que se organizan para un fin determinado y cuando este se ha conseguido, dejan de existir). De acuerdo con el art. 14.III de la Constitución boliviana, todos tienen la posibilidad de ejercer y presentar colectivamente recursos jurisdiccionales para la protección de derechos.

Una regulación parecida se establece también en la Constitución ecuatoriana de 2008 que en su art. 10 establece: "Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales".

Además de lo anterior, al no poner el concepto de "legalmente establecido" detrás de "organizaciones de la sociedad civil" como aparece en muchos textos jurídicos, también se quiere evitar que organizaciones, partidos, sindicatos, grupos de personas, etc. a las que el Estado, de acuerdo con su legislación interna, no les reconoce la posibilidad de registrarse o les retira la personería jurídica por no obtener un mínimo electoral¹², vulnerando

¹² A modo de ejemplo, el 3 de julio de 2014, el Pleno del Consejo Nacional Electoral (CNE) de Ecuador, resolvió que 4 organizaciones políticas, algunas de ellas con más de cuatro décadas de existencia (Ruptura, Movimiento Popular Demo-

potencialmente sus derechos, no puedan litigar ante el SIDH.

LA LEGITIMIDAD PASIVA ANTE EL SIDH: LA POSIBILIDAD DE JUZGAR A TERCEROS PRIVADOS

El citado art. 44 de la CADH permite presentar denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación de derechos de la CADH cometidos por un Estado parte. Por tanto, la legitimidad pasiva corresponde a los Estados parte.

No es hasta las últimas décadas que empiezan a aparecer en las Constituciones de algunos Estados normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa de los derechos frente a los particulares (*Drittwirkung*)¹³. Hasta este momento, los derechos sólo podían ejercerse ante los tribunales en casos de vulneración de estos por parte de los poderes públicos, pero no de los privados¹⁴.

crático, Partido Roldosista Ecuatoriano y Partido Renovador Institucional Acción Nacional) pierden la personería jurídica y que serán retiradas del Registro Electoral por no cumplir con los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 327 del Código de la Democracia: "Si los partidos políticos no obtienen el cuatro por ciento de los votos válidos en dos elecciones pluripersonales consecutivas, a nivel nacional; o, al menos tres representantes a la Asamblea Nacional; o, al menos el ocho por ciento de alcaldías; o, por lo menos un concejal en cada uno de, al menos, el diez por ciento de los cantones del país".

¹³ La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares se ha denominado con el término "*Drittwirkung*", pues ha sido estudiada con especial atención por la doctrina alemana.

¹⁴ En España, la Constitución guarda silencio, es la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) la que dice en su artículo 41.2 que "el amparo sólo protege frente a las violaciones de derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado", de lo que se deduce que no se reconoce eficacia directa de los derechos fundamentales frente a terceros. En oposición a esta afirmación, Prieto Sanchis plantea la cuestión a la inversa señalando que "la Constitución española no ofrece ninguna base conceptual para excluir dicha eficacia con carácter general". Este autor tampoco cree que el artículo 53.1 CE, al establecer en su primer inciso que "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos", esté proscribiendo implícitamente que los derechos fundamentales rijan en las relaciones entre particulares. "Primero, porque es de aplicación la cláusula ge-

El cimiento histórico-doctrinal que explica esto lo encontramos en la concepción liberal temprana de separación radical entre la sociedad y el Estado, asignando a cada uno de los términos del binomio, un estatuto jurídico diferente. De forma que, como correlato de la Constitución, concebida como estatuto jurídico del Estado, se proyectó en el ámbito de lo privado el Código Civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad¹⁵.

Asentada la legislación privada en la trilogía de la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad, nada tiene de extraño que fuera a través de la satisfacción y el cumplimiento de estos tres principios, como se pensaba que se podía realizar y garantizar jurídicamente la libertad del hombre. Con razón iusprivatistas notables como Thieme o Wieacker, han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el código civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres. Los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado. En efecto, se partía de que los individuos ocupan una posición de libertad e igualdad natural por lo que sus relaciones sociales, presididas por la autonomía privada, debían ser ajenas a la regulación jurídico-pública que conllevaría la eficacia de los derechos fundamentales con

el fin de evitar la quiebra de esta paridad consustancial a la sociedad.

Se planteó de este modo la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos¹⁶.

Esta concepción no tiene ningún sentido. La existencia en el seno de la sociedad de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su dominio con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, es evidente e indiscutible. Como señaló la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso "Kot" de 1958 (Fallos: 241:291, de 5 de septiembre de 1958): "*Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita sostener que la protección de los derechos humanos se circunscriba a los ataques que provengan del Estado solamente. Hay ahora una categoría de sujetos que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales*"¹⁷.

Partiendo de esta visión, constituciones como la de Bolivia en su artículo 126¹⁸, o la de Ecuador en su art. 88¹⁹, reconocen la posibili-

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Vid. G. SALERNO, "La acción de amparo en el Derecho constitucional argentino", *Revista Ciencia Jurídica y Política*, Núm. 3 (2), 2016, p. 77.

¹⁸ En la sentencia constitucional 0292/2012, de 8 de junio de 2012, donde el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelve una acción de libertad, éste establece: "De acuerdo a la nueva configuración constitucional, la acción de libertad procede no sólo contra autoridades, sino también contra particulares, conforme se desprende del art. 126 de la CPE, lo que representa un significativo avance respecto al reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos humanos, que implica que éstos deben ser respetados tanto por el poder público como por los particulares.

¹⁹ Art. 88 Constitución de Ecuador de 2008: "La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación

neral del artículo 9.1, y segundo, porque el precepto tiene por objeto regular las fuentes o modos de producción normativa de los derechos fundamentales, por lo que es natural esa referencia exclusiva a los poderes públicos. Además, los derechos fundamentales propiamente no vinculan a los ciudadanos, ya que si bien éstos deben respetar el derecho ajeno, no están llamados a su satisfacción o protección" (L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 210). Sin embargo, si bien el silencio de la Constitución podría llegarse a interpretar como dice PRIETO SANCHÍS, después de la lectura del artículo 41.2 de la LOTC no queda confusión posible.

¹⁵ P. VEGA, "La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)", en M. CARBONELL (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002, p. 693.

dad de interponer la acción de protección de derechos tanto contra actos u omisiones de autoridades públicas como de terceros privados.

En resumen, el reconocimiento de la *Drittwirkung* va ganando terreno en el ámbito del constitucionalismo nacional²⁰.

En el ámbito internacional, las prácticas empresariales de las empresas transnacionales viene siendo una preocupación en sede de Naciones Unidas desde hace ni más ni menos que 50 años, en cuanto a su impunidad por violación de derechos humanos y quebrantos de las soberanías de los Estados en desarrollo²¹. Situación que comienza a tornarse estructural a mediados de los años setenta, una vez que el poder económico-financiero se

había agrupado suficientemente después de terminada la II GM, y tenía capacidad para imponerse a sus propios Estados y a los distintos Estados periféricos.

Por lo tanto, a finales de los años setenta, y en vista de las conductas contrarias a los derechos humanos de muchas empresas transnacionales y de la insuficiencia del marco jurídico nacional para sancionarlas (omnipresencia transnacional o ubicuidad de dichas empresas y poder económico superior al de muchos Estados en algunos casos) se intentó establecer un marco jurídico internacional para contener ese progresivo escenario de *dominus economicus*.

A mediados de los años 70 se hizo el primer intento de encuadrar jurídicamente a escala internacional a las empresas transnacionales. La Comisión de Sociedades Transnacionales, creada por el Consejo Económico y Social de la ONU por resolución 1913 (LVII) en diciembre de 1974, compuesta por 48 Estados miembros (disuelta en 1994) se dio como tareas prioritarias, entre otras, investigar sobre las actividades de las sociedades transnacionales y elaborar un Código de Conducta. Nunca se aprobaría a causa de la cerrada oposición de las grandes potencias y de las mismas empresas transnacionales. Así se transitó durante más de veinte cinco años de estudios, asesorías y relatorías sin ningún resultado operativo mínimo, y tan siquiera declarativo.

Como moneda de cambio, varios años después (2003), la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías (disuelta en 2007) adoptó una resolución aprobando un Proyecto de Normas para las sociedades transnacionales y lo remitió a la Comisión de Derechos Humanos. La Cámara Internacional de Comercio (ICC) y la Organización Internacional de Empresarios (IOE) -instituciones que agrupan a las grandes empresas de todo el mundo- censuraron y criminalizaron dicho proyecto. Afirmando que el proyecto de la Subcomisión vulneraba los derechos y legítimos intereses de las empresas privadas que, a su vez, conllevaba una vulneración directa de derechos humanos, argumentaron que las obligaciones en materia de derechos humanos corresponden a los Estados y no a actores privados. Efec-

del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación".

²⁰ A pesar de ello, continúa existiendo una parte importante de autores que no están conformes con el reconocimiento de la *Drittwirkung* que consideran que al admitir la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, se está desvirtuando el principio de respeto a la autonomía de la voluntad, auténtico pilar del derecho privado. Por ejemplo, B. PIEROTH y B. SCHUNK (*Grundrechte Staatsrecht II*, C. F. MÜLLER, Heidelberg, 2001, p. 44), mantienen que el resultado de extender el ámbito de vigencia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares sería: "una limitación irremediable de la libertad". También E.W. BÖCKENFÖRDE (*Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 91), parece compartir esa opinión, al afirmar que "una extensión global e indiferenciada de la vinculación a los derechos fundamentales en el ámbito social anularía de nuevo en gran parte, en la relación de unos individuos con otros, aquellas libertades que deberían asegurarse a través de la vinculación del Poder estatal a los derechos fundamentales de los individuos". No obstante, BÖCKENFÖRDE parece mantener otra opinión en las pp. 113-114. En España, J.M. BILBAO UBILLOS (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE, Madrid, 1997), también ha observado esta preocupación de buena parte de la doctrina alemana: "Late en el fondo de estas posturas (las que rechazan la "unmittelbare *Drittwirkung*") la convicción de que la "*Drittwirkung*" puede ser una especie de "caballo de Troya" que destruya el sistema construido sobre la base de la autonomía privada" (p. 283). (Vid. T. DOMINGO, "El problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho", *Revista Derechos y Libertades*, No. 11, 2002, pp. 251-289).

²¹ Ecosoc, Res. 1908, E/5570 (1974).

tivamente cayó el proyecto y no sólo el proyecto sino que la propia Subcomisión sería disuelta tres años después²².

En el año 2005, la Comisión de Derechos Humanos -ignorando por completo el Proyecto de Normas adoptado en 2003 por la Subcomisión- aprobó la Resolución 2005/69, por la que el Secretario General de la ONU designaría un relator especial, para el cual sugirió un mandato inspirado en el Pacto Mundial.

El Pacto Mundial (*Global Compact*) es un instrumento de las Naciones Unidas (ONU) anunciado por el entonces secretario general de las Naciones Unidas Kofi Annan en el Foro Económico Mundial de Davos en 1999. Según su propia definición su fin es promover el diálogo social para la creación de una ciudadanía corporativa global, que permita conciliar los intereses de las empresas, con los valores y demandas de la sociedad civil, los proyectos de la ONU, sindicatos y Organizaciones no gubernamentales (ONGs), sobre la base de 10 principios en áreas relacionadas con los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente y la corrupción. En realidad se ha convertido en un espacio pseudo-autónomo de autogiro de las organizaciones empresariales que quieran adherirse a él, en donde ellas mismas se autoevalúan en relación a los 10 mencionados principios, sin ninguna institución u organismo que realice la mínima enmienda y mucho menos fiscalice en cumplimiento real de dichos principios. Diez principios que son lugares comunes -de expresión brevísima y lacónica- en torno al respeto a los derechos humanos, la eliminación del trabajo forzoso, el trabajo infantil, la responsabilidad ambiental o la corrupción.

²² Y para que nadie pensara que el Proyecto de la Subcomisión podía invocarse como una norma internacional vigente, la Comisión de Derechos Humanos se había ocupado de precisar en el último párrafo de su resolución 2004/116 que dicho Proyecto "...al ser un proyecto de propuesta, carece de autoridad legal y que la Subcomisión no debería ejercer ninguna función de vigilancia a este respecto". Esta resolución reflejaba exactamente dos preocupaciones principales de las empresas transnacionales: que no se ejerciera control ni vigilancia alguna sobre las mismas y que no se atribuyera imperatividad u obligatoriedad al Proyecto de Normas de la Subcomisión ni a ningún instrumento existente o a crearse relacionado con la actividad de las empresas transnacionales.

Fue el complemento ideal ius-cromático para que en los siguientes decenios la insuficiencia de las normas jurídicas nacionales (la desaparición de facto) frente al poder económico transnacional se transformara en impotencia a causa de su subordinación a la "lex mercatoria". Dicho de otra manera, las normas nacionales, incluso constitucionales, quedaron subordinadas de hecho a los Tratados de libre comercio y de promoción y protección de las inversiones, a los acuerdos celebrados en la Organización Mundial del Comercio y a las "directrices" (vinculadas bajo chantaje económico diverso) del Fondo Monetario Internacional. A mayor abundamiento, en muchos casos, los reclamos de las empresas transnacionales contra los Estados en lugar de ser sometidos a los Tribunales del Estado "invertido" son dirimidos ante un tribunal arbitral internacional (dependiente del Banco Mundial) como es el CIADI (Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones)²³.

Desde entonces hasta ahora ya se han visto cuales han sido las consecuencias financiero-comerciales al respecto con el final estallido de la crisis de 2008 aún vigente.

No obstante, han existido permanentes prácticas en el entorno de Naciones Unidas para seguir alimentando la dinámica de trabajos de estudio a este respecto, de escasa plasmación y eficacia ante la maquinaria neoliberal y desreguladora de estas misma décadas. El intento más encomiable sería cuando en 2005 el Secretario General Kofi Annan nombró representante especial para estudiar el tema de las sociedades transnacionales al señor John Ruggie -su asesor principal en el Pacto Mundial- quien elaboró los Principios Rectores, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en 2011.

A fecha de 2011 se da un toque de cierta solemnidad jurídica a un documento al respecto, después de casi cuarenta años. Este documento se denomina Principios Rectores so-

²³ Sobre ello, *vid.* A. TEITELBAUM, "Tribunales de arbitraje internacional", en *Diccionario crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones*, Icaria, Barcelona, 2012.

bre las empresas y los derechos humanos y la puesta en práctica del marco para “proteger, respetar y remediar” (UNGP), y fue presentado por Ruggie en marzo de 2011, y respaldado de forma unánime por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en junio de 2011. Poco tiempo después se actualizó toda una serie de instrumentos internacionales para adaptarlos a los UNGP, entre los que cabe destacar las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, la Iniciativa de Reporte Global de presentación de informes (GRI, siglas en inglés), y la norma ISO26000. Por lo tanto es la referencia a este respecto de mayor calado.

No obstante el Informe es, como todo Informe, un esmerado pliego de consejos, advertencias, e incluso soterradas críticas, los que como ha sido evidente no han tenido ninguna virtualidad en la práctica radicalmente desreguladora de las principales organizaciones económicas y de los propios Estados.

A pesar de que la violación de derechos humanos por parte de empresas transnacionales sea una preocupación desde hace décadas, el reconocimiento de la *Drittwirkung* no se ha incorporado en ninguno de los tratados internacionales de derechos humanos.

En el caso del SIDH, la CIDH ha reconocido en alguno de sus pronunciamientos que la protección de los derechos humanos debe garantizarse también frente a terceros privados y ha llegado incluso a exigir responsabilidad al Estado por actos cometidos por privados en el interior de su territorio.

En su Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003 solicitada por México²⁴, la

CIDH señaló que: “...*De la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares (...)* La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de esos derechos”²⁵.

Con este pronunciamiento, lo que la Corte viene a decir es que el Estado es responsable de su fracaso en el control de la conducta de sus nacionales en su territorio, cuando esta conducta está causando o pueda causar violación de derechos humanos y, por tanto, puede condenársele por ello. Sin embargo, este reconocimiento se queda muy corto puesto que la legitimidad pasiva continua correspondiendo, única y exclusivamente, a los Estados parte.

Precisamente por ello, se plantea como una necesidad el hecho de ampliar la legitimación pasiva ante el SIDH más allá de los Estados, reconociendo la posibilidad de que ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado parte puedan ser también

²⁴ El 10 de mayo de 2002 el Estado de los Estados Unidos Mexicanos, con fundamento en el artículo 64.1 de la CADH, sometió a la CIDH una solicitud de opinión consultiva sobre la siguiente cuestión: ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide per se el goce de tales derechos? Las normas cuya interpretación solicitó México al Tribunal son las siguientes: los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en

adelante “la OEA”); el artículo II (Derecho de igualdad ante la Ley) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “la Declaración Americana”); los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), y 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención Americana; los artículos 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante “la Declaración Universal”), y los artículos 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁵ CIDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión consultiva oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, p. 120, párrafo 147.

denunciadas por vulneración de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

La ampliación de la legitimidad pasiva a los particulares, permitiría establecer las bases para la construcción de una teoría de la responsabilidad jurídica de los privados en virtud del derecho internacional público. La idea de responsabilidad individual de los individuos por actos contrarios al derecho internacional no es nueva. Viene ya del siglo XX, con la Carta de Nuremberg y los juicios por parte del Tribunal Militar Internacional contra los responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad. Hoy esta idea se ha consolidado en el derecho internacional a través de la creación, primero de tribunales internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia (ICTY) y Ruanda (ICTR) y después con el establecimiento de la Corte Penal Internacional. En consecuencia, si los individuos pertenecientes a las fuerzas armadas, policía, movimientos de liberación nacional u otros grupos militares o paramilitares organizados, pueden incurrir en responsabilidad internacional por violación de determinados derechos humanos, ¿porque no puede también incurrir en ella los responsables de corporaciones económicas transnacionales que llevan a cabo violaciones de derechos humanos?

Desde el punto de vista jurídico, uno de los principales problemas es que las corporaciones económicas no poseen personalidad legal internacional y por tanto, las normas internacionales de derechos humanos no pueden dirigirse directamente a ellas, ni tampoco se les puede exigir responsabilidad internacional por la infracción de las mismas.²⁶ Ello refleja la realidad de un sistema legal internacional todavía basado en Estados. Las empresas, extremadamente poderosas, son irresponsables desde el punto de vista jurídico.

Ello no impide sin embargo que a través de la Convención de Derechos Humanos, en tanto tratado internacional, se otorgue per-

sonalidad jurídica internacional a las empresas económicas y, en consecuencia, estén sujetas a responsabilidad según la Convención si incumple sus obligaciones de respeto de los derechos.

Actualmente ya no sólo los Estados son sujetos con personalidad jurídica internacional, existen organizaciones internacionales a las que también se ha concedido este estatuto, lo que les otorga facultades para concluir acuerdos con terceros Estados y con organizaciones internacionales, participar en dichas organizaciones, estar sujeta a responsabilidad según el Derecho Internacional si incumple sus obligaciones y emprender por sí misma las acciones pertinentes en caso de que sus derechos sean infringidos. El reconocimiento en el Tratado de Lisboa, de la Unión Europea (UE) como sujeto con personalidad internacional diferente a la de sus Estados es un ejemplo de ello²⁷.

²⁷ Aunque en el Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, implicó un cambio de nombre de CEE a UE, no se reconoció todavía de manera clara a la UE como organización con personalidad jurídica diferente a la de sus Estados miembros. No fue hasta la Conferencia Intergubernamental (CIG) de 1996 de la que surgió el Tratado de Ámsterdam donde varios de los participantes plantean abiertamente la necesidad de dotar a la UE de personalidad jurídica internacional (Ver el informe del Consejo ante la conferencia de representantes de los gobiernos de los Estados miembros, *Personnalité juridique de l'Union*, CONF/3871/96, de 16 de julio de 1996). No obstante, las presiones de algunos Estados (Reino Unido, Francia y Dinamarca) e incluso de la Comisión (que con la reafirmación de la personalidad internacional temía perder competencias) hicieron que, al final, desapareciera del texto definitivo del tratado modificativo del TUE la declaración expresa de la personalidad de la UE. La Convención sobre el futuro de la Unión que preparó el fracasado "Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa" volvió a plantear la cuestión incorporando ya un artículo, el I-7 del Tratado constitucional, que decía de manera clara: "La Unión tiene personalidad jurídica". Abortado el Tratado Constitucional, el Tratado de Lisboa retomará el tema confiriendo personalidad jurídica expresa a la Unión. El art. 47 TUE-L reproduce literalmente el artículo I-7 del Tratado Constitucional. Además, el Tratado de Lisboa, en su art. 1 párrafo 3 del TUE-L, procede a extinguir a la Comunidad Europea cuya sucesión asume la UE. La Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), sin embargo, continúa existiendo como entidad jurídica separada con personalidad jurídica propia. En resumen, el Tratado de Lisboa implicó la consolidación en una UE con personalidad jurídica internacional de las competencias y funciones que antes ejercían la UE y la CE.

²⁶ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, París, 1995, p. 354; PH. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*, éd. Dalloz-Dunod, París, 2000, pp. 4 y 269; M. TRIGEAUD, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, éd. Brière, Bordeaux, 1995, pp. 210 y 458.

¿Quiere esto decir que la UE es sujeto de Derecho Internacional en iguales condiciones que cualquier Estado soberano?

Sí y no, esto es sí aunque con ciertos matices. La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 11 de abril de 1949, titulada «Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas» que trataba extensamente de la cuestión de la personalidad internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), dejó sentadas las bases de la cuestión de la personalidad jurídica de las Organizaciones Internacionales, señalando ciertas diferencias entre la subjetividad internacional de los Estados y la de las Organizaciones Internacionales. Mientras que los primeros disponen de la totalidad de derechos y obligaciones internacionales, esto es de personalidad jurídica internacional plena, pues son entes soberanos, las organizaciones internacionales solamente disponen de algunas, siendo por tanto, la suya, una personalidad jurídica internacional limitada²⁸.

De todo ello podemos extraer dos conclusiones: una es que no sólo los Estados soberanos pueden tener personalidad jurídica internacional. Y la otra es que la concesión de personalidad jurídica internacional a sujetos no estatales no significa que estos tengan las mismas facultades que los Estados, se les puede conceder una personalidad jurídica limitada.

En este sentido, la propuesta de reforma que estaríamos planteando vendría a decir que los ciudadanos, personas jurídicas, gru-

pos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado parte que hayan ratificado la competencia contenciosa de la Corte y la obligatoriedad de sus sentencias, estarán jurídicamente obligados a respetar los derechos establecidos en la Convención.

De ello se deriva que la Convención estaría otorgando a los privados una personalidad jurídica internacional que se limita estrictamente a su sujeción a la obligación de respetar los derechos establecidos en la Convención pudiendo en caso de vulneración ser juzgados en el sí del SIDH, pero que a diferencia de la personalidad jurídica internacional que tienen los Estados no implica, lógicamente, la facultad de concluir acuerdos con terceros Estados ni otras facultades propias de los Estados o las organizaciones internacionales.

CONCLUSIÓN

La nueva fase de capitalismo globalizado ha generado la aparición de nuevas problemáticas y formas de vulneración de derechos humanos muy distintas a las existentes en el momento de aprobación y entrada en vigor de la CADH. Ello obliga a una adaptación del SIDH a las nuevas realidades, analizando las deficiencias que el sistema presenta y formulando propuestas que puedan contribuir a una mayor justiciabilidad de los derechos.

La formulación de propuestas para mejorar y adaptar a la realidad el SIDH viene produciéndose, desde hace años, tanto en el interior de la OEA como mediante posicionamientos políticos de los Estados miembros o en el ámbito académico. El objetivo de este trabajo ha sido contribuir a este debate, analizando algunas de las deficiencias procesales del SIDH y formulando propuestas concretas en la cuestión de la legitimidad activa y pasiva ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto a la legitimidad activa ante el SIDH, regulada en el art. 44 de la CADH, se proponen la introducción de dos novedades que podrían contribuir a mejorar la justiciabilidad de los derechos: una es la desvinculación de la legitimidad activa del principio de

²⁸ La personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales les otorga facultades para adherirse a Tratados y estar sujetos a los derechos y obligaciones que de éstos de deriven, pero sólo en aquellas materias o competencias que le han sido delegadas por los Estados. En este sentido se han expresado los Estados miembros de la Unión Europea en la Declaración n.º 24 aneja al Tratado de Lisboa, cuando afirman que el hecho de que la Unión disponga de personalidad jurídica no implica que pueda legislar o actuar más allá de las competencias que le han atribuido los Estados mediante los Tratados. Por esta razón, la extensión de los derechos y obligaciones en virtud de su subjetividad internacional varía de una organización internacional a otra (J.R. CANEDO y L.I. GORDILLO, "La nueva UE: de la doble personalidad a la crisis de personalidad", *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º. 78, 2010, p. 346).

territorialidad y su vinculación al principio de personalidad. Es decir, garantizar que cualquier persona, independientemente de si es o no nacional de un Estado firmantes del tratado, pueda iniciar un proceso judicial contra un Estado firmante, ante el SIDH. Y la otra, es el reconocimiento a los nuevos sujetos colectivos informales de legitimidad activa para acudir al SIDH.

En cuanto a la legitimidad pasiva, ésta corresponde a los Estados parte. La propuesta que aquí se formula es la de su ampliación a los particulares, permitiendo establecer las bases para la construcción de una teoría de la responsabilidad jurídica de los privados en virtud del derecho internacional público.

La introducción de estas reformas en el art. 44 de la CADH, permitiría establecer límites a la vulneración de derechos humanos por parte de los nuevos actores económicos internacionales surgidos con la globalización: las empresas transnacionales, y adaptar el SIDH a la realidad globalizada del mundo actual.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVES, W.J. "DOE V. UNOCAL - U.S. district court ruling in action by Burmese farmers for human rights violations against their persons and property", *American Journal of International Law*, Vol. 92, núm. 2, 1998.
- AMOROSO, D. "Moving towards Complicity as a Criterion of Attribution of Private Conducts: Imputation to States of Corporate Abuses in the US Case Law", *Leiden Journal of International Law*, núm. 24, 2011.
- BAILLEUX, A. *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, éd. Bruylant, Paris, 2005.
- BALLESTEROS, V. *La atribución al Estado del comportamiento de los particulares en el ámbito de la responsabilidad internacional*, Tesis doctoral, UCLM, 2013 (<http://hdl.handle.net/10578/3793>).
- BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE, Madrid, 1997.
- BÖCKENFÖRDE, E.W. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993.
- BONAFÉ, B.I. *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2009.
- BOURDON, W. "Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international de droits de l'homme", *Revue de sciences criminelles*, núm. 4, 2005.
- CANEDO, J.R. y L.I. GORDILLO, "La nueva UE: de la doble personalidad a la crisis de personalidad", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 78, 2010.
- CAPELLA, J.R. "Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales", en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- DE CABO, A. *et al.*, *Hacia un Nuevo Convenio Latinoamericano de Derechos Humanos*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2015.
- DOMINGO, T. "El problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho", *Revista Derechos y Libertades*, núm. 11, 2002.
- FROUVILLE, O. "Attribution of Conduct to The State: Private Individuals", en *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010.
- LE TOURNEAU, P.H. *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*, éd. Dalloz-Dunod, Paris, 2000.
- NOGUERA, A. "Los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", en G. Escobar (dir.), *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PIEROTH, B. y B. SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II.*, C. F. MÜLLER, HEIDELBERG, 2001.

- PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- RIPERT, G. *Aspects juridiques du capitalisme modern*, LGDJ, Paris, 1995.
- SALERNO, G. “La acción de amparo en el Derecho constitucional argentino”, *Revista Ciencia Jurídica y Política*, núm. 3 (2), 2016, p. 77.
- TEITELBAUM, A. “Tribunales de arbitraje internacional”, en *Diccionario crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones*, Icaria, Barcelona, 2012.
- TRIGEAUD, M. *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, éd. Brière, Bordeaux, 1995.
- VEGA, P. “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, en M. CARBONELL (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002.
- VICIANO, R. y R. MARTÍNEZ, “Crisis del Estado Social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 21, 2017.
- VV.AA., “Reflexiones para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Aportes DPLF*, núm. 16 (5), marzo de 2012.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

III. Jurisprudencia

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante el año 2018*

Review of case-law from the EU Court of Justice during the year 2018

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO**

SUMARIO: 1. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS. 2. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 3. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA UE. 3.1. Ley aplicable. 3.2. Prestaciones. 4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. 4.1. Igualdad entre mujeres y hombres. 4.2. Origen racial o étnico. 4.3. Discapacidad. 4.4. Discriminación por religión. 5. CONDICIONES DE TRABAJO. 5.1. Tiempo de trabajo. 5.2. Contratos de duración determinada. 5.3. Insolvencia empresarial. 5.4. Despidos colectivos. 5.5. Transmisión de empresas.

2018 fue el año de la consolidación del *liderazgo* de España en el planteamiento de cuestiones prejudiciales en el orden social. Los órganos que en años anteriores ya habían incorporado este mecanismo a su práctica habitual han continuado empleándolo y nuevos órganos, tanto del orden social como del contencioso-administrativo, se han unido a esta tendencia. Las sentencias más destacadas del año fueron, sin duda, *Montero Mateos*, *Grupo Norte* y *De Diego Porras II*, tan sobradamente comentadas que serán omitidas en esta reseña.

En materia de movilidad de las personas, el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto su capacidad interpretativa para actualizar la letra de las Directivas a la realidad social. Las sentencias sobre matrimonios entre personas del mismo sexo y parejas no casadas ponen de manifiesto que el Tribunal sigue siendo, cuando quiere, una fuente de innovación. En la otra vertiente de la movilidad, la que se dirige a las empresas antes que a las personas, la tendencia flexibilizadora continúa, en cambio.

1. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

La sentencia de 5 de junio de 2018, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept e Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor*

*Interne, con intervención de Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, asunto C-673/16*¹, sacudió poderosamente las conciencias de los países del Centro y del Este de Europa. Se trató de una sentencia dictada en Gran Sala, con observaciones de los Gobiernos de Rumanía, Letonia, Hungría, Países Bajos y Polonia, además de la Comisión Europea.

* Este trabajo se inserta en los resultados del proyecto (AEI) "Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales", concedido a la Universidad de Santiago de Compostela.

** Universidad de Santiago de Compostela.

¹ ECLI:EU:C:2018:385

El punto de partida de la cuestión prejudicial era la Directiva 2004/38/CE, que concede a los miembros de la familia de un ciudadano comunitario que no tengan dicha condición un derecho de residencia derivado. El punto de llegada era el Código Civil rumano, que establece que “los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía”.

El Sr. Coman era nacional rumano y estaba casado, conforme al Derecho belga, con el Sr. Hamilton, estadounidense. Al consultar las condiciones de residencia en Rumanía, la respuesta que obtuvieron fue muy restrictiva, al negarse cualquier valor a su matrimonio. Impugnada esta decisión, por discriminatoria por razón de la orientación sexual y contraria a la libre circulación, el *iter* judicial rumano terminó ante el Tribunal Constitucional, que fue el que elevó la cuestión prejudicial.

El inicio de la sentencia no pudo ser más desalentador para las pretensiones del matrimonio: “de una interpretación literal, sistemática y teleológica de las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE resulta que esta únicamente regula los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en Estados miembros distintos de aquel del que es nacional y no puede dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que este es nacional”.

Consciente de esta limitación, el Tribunal recoló, sin que nadie se lo hubiera pedido, el litigio en el ámbito del artículo 21 TFUE: “el efecto útil de los derechos que el artículo 21 TFUE, apartado 1, confiere al ciudadano de la Unión de que se trate exige que la convivencia familiar que este ciudadano ha mantenido en dicho Estado miembro pueda continuar a su regreso al Estado miembro del que es nacional, mediante la concesión de un derecho de residencia derivado al miembro de la familia en cuestión, nacional de un tercer Estado”. Dicho esto, podía iniciar el examen de las cuestiones prejudiciales, ya que existía una convivencia anterior en Bélgica.

El Tribunal no se anduvo con rodeos: “debe recordarse ante todo que el concepto de «cónyuge» en el sentido de la Directiva 2004/38/CE es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate”. Merece la pena recalcar aquí la capacidad del Tribunal de poner al día una norma frente a la voluntad inicial del legislador. Quien piense que en 2004 la Directiva incluía ya este enfoque, cuando sólo los Países Bajos y Bélgica admitían el matrimonio entre personas del mismo sexo, es el elegido para acariciar a un unicornio.

El siguiente razonamiento fue también de notable finura. Si el artículo 2.2.b remite expresamente a las legislaciones nacionales para determinar qué es “miembro de la familia”, el silencio respecto del cónyuge del artículo 2.2.1 implica que las legislaciones nacionales no pueden decir nada al respecto. Un razonamiento éste, por cierto, por el que podría colarse el matrimonio poligámico, si llegara a estar admitido alguna vez en un Estado miembro.

¿Cómo casaba esto con las competencias exclusivas de los Estados en materia de estado civil? Para el Tribunal, por encima de dicha exclusividad está la necesidad de respetar el Derecho de la Unión en el ejercicio de las competencias. La negativa estatal a reconocer el matrimonio válido en otro Estado crearía una asimetría intolerable en la libertad de circulación. En el caso concreto, negaría a un ciudadano la posibilidad de retornar a su Estado de origen.

Quedaba superar el último obstáculo: las consideraciones objetivas que justifiquen la medida restrictiva, aplicadas de forma proporcionada. Varios de los Gobiernos (es fácil imaginar que todos, menos los de los Países Bajos) señalaron la voluntad de algunos Estados de preservar el matrimonio como una unión entre un hombre y una mujer, añadiendo el Gobierno letón el orden público y la identidad nacional. Los argumentos bálticos fueron rechazados rápidamente: la UE respeta la identidad nacional (sin más explicaciones) y el orden público solo puede invocarse en caso de amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. A juicio del Tribunal, en nada

afectaba a la configuración de los matrimonios en dichos Estados el hecho de que reconocieran lo que sucede en el exterior, sin alterar en modo alguno sus regímenes internos.

Curiosamente, el Tribunal de Justicia empleó para reforzar su argumentación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, algo del todo inhabitual: “de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de «vida privada» y en el de «vida familiar» del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación (TEDH, sentencia de 7 de noviembre de 2013, Vallianatos y otros c. Grecia, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73, y TEDH, sentencia de 14 de diciembre de 2017, Orlandi y otros c. Italia, CE:ECHR:2017:1214JUD002643112, § 143)”.

Vencidos así los obstáculos, el Tribunal declaró que la actuación de Rumanía era contraria al derecho a la libre circulación de las personas. Las consecuencias prácticas de ello eran que un cónyuge del mismo sexo tenía derecho de residencia en el Estado, con requisitos que no podían ser más estrictos que los exigidos a un cónyuge de distinto sexo, conforme a la Directiva 2004/38/CE.

Posteriormente, en la *sentencia de 12 de julio de 2018, Secretary of State for the Home Department y Rozanne Banger, asunto C-89/17*², el Tribunal interpretó la noción de “otros miembros de la familia”. El artículo 3.2 de la Directiva 2004/38/CE dispone que se ha de facilitar la entrada y residencia a “la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada”, que se sitúa así en un escalón inferior de derechos frente al cónyuge o la pareja de hecho registrada. La Sra. Banger, sudafricana, no había tenido el menor problema al instalarse en los Países Bajos con su pareja británica, pero al cruzar el Canal tiempo después se encontró con el rechazo de las autoridades británicas, puesto que su normativa no recogía dichas facilidades y sólo se ocupa de la “gama alta” de convivencia.

No puede olvidarse que la Directiva 2004/38/CE no funciona “en casa”. El Tribunal ha afirmado en varias ocasiones, y recalado en este caso, que “esta Directiva no puede dar soporte a un derecho del nacional de un tercer Estado, pareja no registrada de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que este es nacional, a que este Estado miembro facilite la concesión de una autorización de residencia”. La solución, por lo tanto, tenía que proceder de otra fuente, en este caso el artículo 21 TFUE.

El argumento clásico del Tribunal, de nuevo utilizado aquí, es la posible disuasión en el ejercicio de la libre circulación, ante la perspectiva de que no sea posible un retorno con pareja. Por ello, la jurisprudencia viene exigiendo un trato análogo al dispensado por la Directiva en otros Estados y en esta sentencia se renovó dicho pronunciamiento, descartando los argumentos del Gobierno británico.

El reconocimiento de este derecho, no obstante, no puede ser ilimitado, concedió el Tribunal frente a la duda planteada por el órgano judicial. Los Estados conservan una cierta capacidad de rechazar la entrada y residencia. Pero, eso sí, y tal fue el contenido del fallo, la denegación “debe basarse en un estudio detenido de las circunstancias personales del solicitante y estar motivada”.

La última pregunta planteada por el órgano británico ahondaba en una cuestión que está, en los últimos tiempos, sensiblemente presente en la actividad del Tribunal de Justicia: los medios de protección internos de los derechos concedidos por el ordenamiento de la UE. La respuesta, de nuevo, estuvo en línea con lo que se viene manteniendo en casos anteriores. Los Estados miembros deben dotar de instrumentos equivalentes a estas reclamaciones, administrativos y judiciales, para garantizar el disfrute de los derechos.

2. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La llamada “economía colaborativa” volvió a ser examinada por el Tribunal de Justicia y de nuevo recibió un serio revés. Tras el pronunciamiento *Asociación Profesional*

² ECLI:EU:C:2018:570

Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L., asunto C-434/15, de diciembre de 2017, la cuestión se planteó de nuevo en la *sentencia de 10 de abril de 2018, Uber France SAS, asunto C-320/16*³. De nuevo, la Gran Sala, con una composición muy similar al caso anterior y el mismo ponente, consideró que la actividad de Uber es un servicio de transportes. Repitieron así mismo participación buena parte de los Gobiernos nacionales que habían presentado observaciones hacía escasos meses.

La sentencia sorprendió por su brevedad. Trece párrafos fueron suficientes para zanjar la cuestión, que en buena medida heredaba características de la previa. La pregunta del Tribunal francés, en este caso, buscaba de nuevo determinar si Uber es un servicio de la sociedad de la información o un servicio de transportes, con las considerables consecuencias que ello conlleva en Derecho de la UE. Buena parte de la explicación de la brevedad viene de la reutilización de argumentos de entonces, más de la mitad de la elaboración de la sentencia. Se refrenda así, de forma incontrovertida, la naturaleza de servicio de transporte. La sentencia insistió de nuevo en la exclusión de la Directiva 2006/123/CE de lo considerado en el litigio.

Quizás el párrafo más destacado fuera el apartado 21, en el que el Tribunal de Justicia reflexionó sobre la situación de dependencia de los conductores frente a Uber, describiendo a la perfección el nuevo rostro del clásico rasgo del Derecho del Trabajo: “el servicio de intermediación prestado por la sociedad de que se trata estaba indisolublemente vinculado a la oferta de servicios de transporte urbano no colectivo creado por esta, habida cuenta, en primer lugar, del hecho de que esa sociedad proporcionaba una aplicación sin la cual esos conductores no habrían estado en condiciones de prestar servicios de transporte, y las personas que desean efectuar un desplazamiento urbano no habrían podido recurrir a los servicios de los citados conductores y, en segundo lugar, del hecho de que esa sociedad ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores, en particular estableciendo el precio

máximo de la carrera, recibiendo este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y ejerciendo cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso podía entrañar la exclusión de estos”.

La rápida reiteración de la doctrina recogida en estas dos sentencias parece augurar una limitación próxima por parte de los Estados de las actividades de Uber. Corren malos tiempos para estas nuevas formas de negocio en Europa. Queda como incógnita de futuro qué sucederá en el Reino Unido, donde existen poderosas voces que apoyan el desarrollo de Uber, tras el Brexit.

3. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA UE

Probablemente, en el campo social, ninguna materia salvo la igualdad de trato entre mujeres y hombres ha provocado los afanes del Tribunal de Justicia como la interpretación de los Reglamentos de Seguridad Social, e incluso a veces de los propios Tratados constitutivos. Desde los tiempos primigenios de la sentencia *Unger* a propósito del Reglamento nº 3, se cuentan por docenas, quizás una gruesa, las ocasiones en que las dudas de los Tribunales nacionales sobre tan arcana normativa han provocado la acción del Tribunal. Y no es esta situación baladí, ya que se trata de la interpretación única y uniforme de Reglamentos directamente aplicables en todos los Estados miembros. No hay aquí las medias tintas que tan bien conocemos derivadas del posible efecto directo de las Directivas. Lo dicho por el Tribunal de Justicia aquí será válido en los Estados miembros cuando apliquen sus normativas nacionales de Seguridad Social con un elemento transnacional.

3.1. Ley aplicable

Resulta llamativa la proliferación en los últimos años de sentencias sobre la ley aplicable en materia de Seguridad Social, una cuestión que había pasado prácticamente desapercibida en la jurisprudencia. Es, probable-

³ ECLI:EU:C:2018:221

mente, reflejo de cómo los desplazamientos de trabajadores, de dudosa calidad social, se siguen incrementando.

Buen ejemplo de ello es la sentencia de 6 de febrero de 2018, *Ömer Altun, Abubekir Altun, Sedrettin Maksutogullari, Yunus Altun, Absa NV, M. Sedat BVBA, Alnur BVBA con intervención de Openbaar Ministerie, asunto C-359/16*⁴, que parece a primera vista una mera cuestión burocrática, pero tiene una gran importancia. De acuerdo con ella, el juez del Estado de destino de un trabajador desplazado puede no tener en cuenta los certificados E 101 (actual A1) que garantizan su conexión con la Seguridad Social del Estado de origen. Para ello, tendrá que haberse comprobado que se obtuvieron o invocaron de forma fraudulenta y la institución encargada de su expedición hizo caso omiso de esta situación. El juez, en todo caso, debe respetar todas las garantías inherentes al derecho a un proceso equitativo. Téngase en cuenta que todo el mecanismo de articulación de los sistemas nacionales de Seguridad Social se basa en el respeto a los documentos emitidos en otro Estado miembros, para evitar trabas burocráticas. Ello hace pensar que el fraude cometido en Bélgica por la empresa suministradora de trabajadores búlgaros debía tener proporciones colosales.

Por su parte, la *sentencia de 6 de septiembre de 2018, Salzburger Gebietskrankenkasse, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, con intervención de Alpenrind GmbH, Martin-Meat Szolgálató és Kereskedelmi Kft, Martimpex-Meat Kft, Pensionsversicherungsanstalt, Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, asunto C-527/16*⁵, ahondó en el fondo de la cuestión. El régimen de Seguridad Social de los desplazamientos de trabajadores discurre por los Reglamentos (CE) n° 883/2004 y (CE) n° 987/2009. Esta regulación supone el ejemplo perfecto de la complejidad de este sistema normativo, puesto que para conocer en su integridad la norma aplicable a estos trabajadores es necesario recorrer, sucesivamente, el artículo 12 del Reglamento de base, el (CE) n° 883/2004; el

artículo 14 del Reglamento de aplicación, el (CE) n° 987/2009; y la no menos importante Decisión A2 de la Comisión Administrativa. Recuérdese, además, que el Reglamento de base ya fue modificado por el Reglamento (UE) n° 465/2012.

Esta ordenación tripartita lleva a una regulación en cascada, donde el segundo Reglamento y la Decisión van matizando el texto de base. Así, este establece que: “La persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de 24 meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada”.

Sirva como ejemplo el inicio del artículo. El Reglamento (CE) n° 987/2009 indica en su artículo 14.1 que la persona indicada “podrá ser una persona contratada con miras a enviarla a otro Estado miembro, siempre y cuando el interesado, *inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo*, está ya sujeto a la legislación del Estado en el que la empresa que la emplea esté establecida”. Y a este matiz añade la Decisión A2 una nueva precisión, en su punto 1, párrafo 4: “A título indicativo, el trabajador que haya estado sujeto al menos un mes a la legislación del Estado miembro en el que está establecido el empleador puede considerarse que cumple la condición a la que hacen referencia las palabras inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo”.

En el caso estudiado por el Tribunal de Justicia, la empresa austriaca Alpenrind, que explotaba en Salzburgo un matadero, tenía un contrato con la húngara Martin-Meat labores de despiece y envasado de carne, que se llevaban a cabo por personal de esta empresa en los locales de aquella. A su vez, la empresa húngara celebró con Martimpex, otra empresa húngara de nombre sospechosamente parecido, otro contrato por la que esta se comprometía a despiezar más carne en las instalaciones de Alpenrind. A la Seguridad Social austriaca tantas *czardas* contractuales le parecieron sospechosas y procedió a dar de

⁴ ECLI:EU:C:2018:63

⁵ ECLI:EU:C:2018:669

alta a más de 250 trabajadores de Martimpex en el seguro obligatorio, señalando que eran trabajadores por cuenta ajena en la república alpina. La decisión fue impugnada y llegó hasta el Tribunal Supremo, que planteó la cuestión prejudicial. Ha de recordarse, por añadidura, que Alpenrind y Martin-Meat ya habían estado implicadas en una anterior cuestión prejudicial sobre desplazamiento de trabajadores (C-586/13), a propósito de sus prácticas de cesión de mano de obra.

Buena prueba del interés de esta cuestión es la participación en el proceso de los gobiernos austriaco, belga, checo, alemán, irlandés, francés, húngaro y polaco, además de la Comisión Europea. Nadie solicitó la resolución en Gran Sala, por lo que la Sala Primera, presidida por la española Rosario Silva de Lapuerta, se ocupó del caso.

Como es bien sabido, el documento A1 es la base del sistema, al establecer la vinculación de una persona con una determinada legislación de Seguridad Social. Tradicionalmente, estos documentos eran incuestionables, aunque jurisprudencia reciente ha empezado a admitir su control por el Estado de destino, ante el fraude emergente. La primera pregunta iba en ese preciso sentido, al inquirir si los A1 vinculan también a los Tribunales del Estado de destino.

El Tribunal interpretó el Reglamento (CE) nº 987/2009 en sentido contrario. Para la sentencia, este Reglamento supone la consolidación de largos años de experiencia en la aplicación de las normas anteriores y consagra el principio de la “intangibilidad” de los A1, fuera de los casos de fraude y abuso de Derecho. Lo contrario llevaría a dejar en entredicho el sistema basado en la cooperación leal entre las instituciones competentes de los Estados miembros. Los A1 vinculan, por lo tanto, a los Tribunales, con los matices de la anterior sentencia *Altun*.

Antes de elevarse la cuestión prejudicial, la Comisión Administrativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social había emitido un dictamen, aceptado por los gobiernos de Austria y de Hungría, en el que se indicaba que los A1 discutidos eran incorrectos. Nada se había hecho, no obstante, y continuaban en vigor. La pregunta del órgano austriaco ver-

saba sobre la fuerza vinculante de dicha opinión. El Tribunal no tuvo dudas a este respecto. La Comisión es un órgano consultivo, con funciones de conciliación. No puede privar de valor por sí misma a un documento A1, competencia exclusiva del Estado que la emitió. El análisis del caso continuó recordando que el antiguo E101 podía ser emitido con efectos retroactivos, aunque no fuera lo ideal. Lo mismo debía trasladarse al A1. Por lo tanto, sería posible que Austria hubiera emitido con carácter retroactivo los pertinentes certificados.

La modificación de 2012 del artículo 12 del Reglamento (CE) nº 883/2004 introdujo el adjetivo “enviada” para limitar las posibles sustituciones llevadas a cabo por trabajadores desplazados. Dado que la actividad de Martin-Meat se había extendido durante largos años, el Tribunal de origen consideraba que era posible que se hubiera infringido tal prohibición. A la hora de estudiar el precepto, el Tribunal hizo una afirmación de gran trascendencia: “la falta de mención explícita en el texto de la disposición a los domicilios sociales de los empleadores respectivos o a la existencia en su caso de vínculos personales u organizativos entre ellos da a entender que esas circunstancias no resultan relevantes a la hora de interpretarla”. Recordó además el carácter de norma especial del artículo 12 frente a las reglas del artículo 11 para la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social. Toda excepción en los Reglamentos ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, como es doctrina consolidada del Tribunal.

Uniendo estos puntos era fácil deducir que el Tribunal iba a pronunciarse en contra de la extensión a todos los trabajadores del privilegio del artículo 12, la vinculación con el Estado de origen. Las cadenas organizadas de desplazamientos sufren un severo golpe con esta sentencia, que no obstante deja indemne la fuerza del certificado A1.

Finalmente, la sentencia de 25 de octubre de 2018, «Walltopia» AD y Direktor na Teritorialna direksia na Natsionalnata agentisia za prihodite — Veliko Tarnovo, asunto C-451/17⁶, tiene la particularidad de ser una

⁶ ECLI:EU:C:2018:861

de las escasas cuestiones prejudiciales procedentes de Bulgaria, país del que procedían los fraudulentos A1 del caso *Altun* ya comentado. El protagonista era el Sr. Punchev, contratado el 15 de septiembre de 2016 por Walltopia en Bulgaria, enviado al Reino Unido el 26 de septiembre del mismo año y despedido el 25 de octubre, sin que quede claro por qué. Su vinculación con el sistema de Seguridad Social búlgaro fue rechazada, y por ello denegada la emisión del certificado A1, puesto que no había transcurrido un mes de contrato antes del desplazamiento. Impugnada judicialmente la negativa, el Tribunal búlgaro planteó cuatro preguntas al Tribunal de Justicia, que este resolvió de forma unificada.

El Tribunal, en un doble análisis del artículo 12 del Reglamento (CE) n° 883/2004 y del artículo 14 del Reglamento (CE) n° 987/2009, señaló que nada se opone en ellos a que una persona sea contratada para ser enviada a otro Estado miembro. Ahora bien, sí que es necesario, de acuerdo con el segundo precepto, que la persona haya estado sujeta a la legislación del Estado de origen.

La sentencia dedicó un largo razonamiento a estudiar qué se entiende por dicha sujeción, analizando los diversos criterios que contiene el Título II del Reglamento (CE) n° 883/2004. Uno de ellos, muy relevante en este caso, era el del artículo 11.3.e, la persona que no está comprendida en ninguna de las restantes situaciones previstas en el precepto. En ese caso, la vinculación se procede con el Estado de residencia. Repárese en que el precepto no está fijando una protección por parte de la Seguridad Social búlgara, sino una sujeción formal, que cumpliría en este caso, si el juez nacional así lo consideraba.

¿Qué faltó en este caso? Cualquier mención a la Decisión A2 de la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social, cuya interpretación cambia de forma radical con esta sentencia. La poderosa flexibilización que trae consigo este pronunciamiento desmonta en gran medida el requisito de la vinculación anterior, puesto que la residencia se constituye en título suficiente para el envío. La equivalencia entre residencia y actividad parece cambiar radicalmente la filosofía. Se verá.

3.2. Prestaciones

En ocasiones, los Reglamentos no son la única fuente de la que se derivan importantes derechos en materia de Seguridad Social. Es el caso de la *sentencia de 7 de marzo de 2018, DW y Valsts sociālās apdrošināšanas aģentūra, asunto C-651/16*⁷. De acuerdo con la legislación letona, una trabajadora que hubiera desempeñado su actividad profesional fuera de la república báltica durante parte de los meses anteriores a dar a luz se vería perjudicada muy severamente en el cálculo de su prestación por maternidad. Tras un largo periplo judicial en el caso de la Sra. DW, quien había estado al servicio de las instituciones de la Unión Europea, el Tribunal Supremo de Letonia elevó una cuestión prejudicial, preguntando sin ambages si una norma como esta podía colisionar con el artículo 45 TFUE, la base de la libre circulación de trabajadores.

Como se ve, no hubo mención alguna al Reglamento (CE) n° 883/2004 ni al Reglamento (CE) n° 492/2011. Las normas de Derecho derivado no resultaban relevantes, de acuerdo con los sucesivos Tribunales letones. Es menester señalar que la pregunta estaba formulada en términos negativos ([la normativa letona] “no se opone”) mientras que el Tribunal, al abordar el caso, la formuló en términos positivos, exactamente al contrario.

Al Tribunal no le supuso un gran esfuerzo determinar que la situación de la trabajadora quedaba incluida en el ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE. Es jurisprudencia asentada que la libre circulación no sólo la ejerce quien se va a trabajar a otro país, sino también quien entra al servicio de una organización internacional, en especial la Unión Europea.

Fijado así el marco del análisis, salió a la luz toda la jurisprudencia anterior sobre las medidas que pueden disuadir a los nacionales de un Estado miembro de ejercer el derecho que le conceden los Tratados. Una medida como la examinada, que asimilaba el trabajo en la Unión Europea a la falta de cotizaciones, no podía recibir otra calificación que la de obstáculo a la libre circulación.

⁷ ECLI:EU:C:2018:162

No obstante, el Gobierno letón intentó defender la justificación objetiva de la medida. La explicación provendría del hecho que el riesgo de pérdida de las “prestaciones temporales” no supone un obstáculo serio, por su propio carácter efímero. El Tribunal zanjó rápidamente la cuestión señalando que incluso los impedimentos de carácter menor han de estar proscritos.

El segundo argumento gubernamental fue el clásico desequilibrio del sistema de financiación de la Seguridad Social. Habida cuenta de que esta alegación fue presentada de forma vaga y abstracta, sin presentar las debidas pruebas estadísticas, el Tribunal de Justicia la rechazó de igual forma.

La conclusión fue la obvia: no cabe en el esquema europeo un sistema de cálculo de prestaciones, por insignificantes que sean, que perjudique a quien ha ejercitado la libre circulación.

Como es sabido, la regla general en la normativa de la Unión Europea de articulación de sistemas de Seguridad Social es la exportabilidad de las prestaciones y la prohibición de las cláusulas de residencia. La más notable de las excepciones a dicha regla, por voluntad de los Reglamentos y por su estrecha conexión con el mercado de trabajo nacional, es la prestación por desempleo. Ésta sólo puede percibirse, en principio, en el territorio del Estado competente para su abono. Pero esta excepción, a su vez, conoce una propia excepción interna, la posibilidad tasadísima de su exportación a través del procedimiento regulado en el artículo 64 del Reglamento (CE) nº 883/2004. Por primera vez, éste va a ser examinado por el Tribunal de Justicia.

En efecto, la sentencia de 21 de marzo de 2018, *J. Klein Schiphorst y Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, asunto C-551/16*⁸, ha respondido a una cuestión prejudicial planteada desde los Países Bajos, el segundo Estado que más prestaciones de desempleo exporta conforme a dicho mecanismo. La originalidad del asunto ha provocado la intervención con observaciones de 6 Gobiernos, entre ellos el de Polo-

nia, el país que recibe más exportaciones de este tipo (con tasas de éxito en la recolocación ridículas, por cierto).

El protagonista del litigio original había obtenido la autorización de la Administración neerlandesa para exportar su prestación de desempleo a Suiza durante tres meses, el plazo ordinario recogido en los Reglamentos. Al solicitar la prórroga excepcional por otros tres meses, ésta fue denegada por la Seguridad Social del Estado de origen, sin que a juicio del recurrente existiera motivación suficiente, al limitarse a seguir la práctica general en dicho Estado. La discrecionalidad de esta decisión es lo que se cuestionaba en la cuestión prejudicial. El hecho del desplazamiento a Suiza carecía de importancia, dado que el acuerdo de 1999 hace que el régimen en esta materia establecido por los Reglamentos sea aplicable en el país alpino.

La discrecionalidad se deriva de la utilización del verbo “podrán” en el artículo 64.1.c del Reglamento (CE) nº 883/2004. A juicio de los Gobiernos neerlandés, danés, sueco y noruego (Estados exportadores de prestaciones todos ellos) del uso de este término se desprendería que “el tenor de esta disposición no obliga a las instituciones competentes a extender hasta un máximo de seis meses el período durante el cual se conservan las prestaciones por desempleo percibidas por una persona desempleada que se desplaza a otro Estado miembro para buscar trabajo”.

El Tribunal se mostró receptivo a esta interpretación, que coincidía con la opinión del Abogado General en sus Conclusiones. Se trataría de una situación excepcional, como se deduce de los trabajos legislativos y del contexto de la norma. Merece destacar que este último criterio fue fundamental en la formación del juicio del Tribunal. El contraste entre los tres meses garantizados y esta prórroga excepcional inclinaron la opinión hacia la legitimación de la medida.

Quedaba por último hacer la ponderación sobre la efectividad de un criterio general de denegación, pues tal era la práctica neerlandesa. La Administración alegó que a pesar de la existencia de este criterio existen vías para que se conceda la prórroga, concreta-

⁸ ECLI:EU:C:2018:200

mente cuando “el interesado está inmerso en un proceso que puede llevarle a conseguir un empleo o cuando presenta una declaración de intenciones de un empresario que le ofrece perspectivas reales de contratación en dicho Estado miembro”.

Por todo ello, la sentencia ratificó la amplia potestad para denegar (pues de eso se trataba) la prórroga de la exportación del desempleo. Merece la pena destacar que en la actual propuesta de reforma del Reglamento, el periodo de tres meses se extiende a seis meses y el periodo potestativo pasa a alcanzar hasta el final del tiempo en el que se tiene derecho a prestaciones.

Una vez más, los Tribunales españoles fueron el origen de cuestiones prejudiciales en esta materia. En primer lugar, se encuentra la *sentencia de 15 de marzo de 2018, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y José Blanco Marqués, C-431/16*⁹. Se trató de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que casi ha necesitado dos años para su resolución, un plazo inusualmente largo en la práctica del Tribunal de Justicia.

Para su análisis, parece conveniente exponer los hechos con más detalle. El Sr. Blanco Marqués percibía una pensión de incapacidad calculada únicamente con las cotizaciones al régimen español de Seguridad Social, disfrutando además de un complemento del 20 %, con arreglo al Decreto 1646/1972. Cuando alcanzó la edad de 65 años, obtuvo una pensión de jubilación de la Seguridad Social suiza, teniendo en cuenta exclusivamente las cotizaciones abonadas al régimen de Seguridad Social obligatorio suizo. Posteriormente, el INSS suprimió el complemento del 20 %, considerando que dicho complemento era incompatible con la percepción de una pensión de jubilación. En el marco de la anulación judicial de esta decisión y su posterior revisión en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), planteó una cuestión prejudicial compuesta de varias y enjundiosas preguntas.

La primera apuntaba a la consideración como cláusula de reducción de la normativa alegada por el INSS, en la interpretación dada por el Tribunal Supremo. Recuérdese que conforme al artículo 12.2 del Reglamento (CEE) n° 1408/71¹⁰, “salvo en los casos en que el presente Reglamento disponga otra cosa, las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión establecidas en la legislación de un Estado miembro en caso de acumulación de una prestación con otras prestaciones de Seguridad Social o con otros ingresos de cualquier tipo podrán hacerse valer frente al beneficiario, aunque se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro o de ingresos obtenidos en el territorio de otro Estado miembro”. Para el Tribunal de Justicia, valorando su jurisprudencia anterior, quedó claro que la suspensión del complemento procedía de una cláusula de reducción.

El punto más interesante, por la generalidad que puede tener la extensión de esta doctrina, fue la respuesta a la segunda pregunta. En ella, el Tribunal afirmó que la jurisprudencia nacional del órgano supremo ha de equipararse a la legislación a los efectos de la interpretación del Reglamento. Como ya había señalado en *Comisión contra Italia*, “aunque no cabe tomar en consideración resoluciones judiciales aisladas o muy minoritarias, no ocurre lo mismo con una interpretación jurisprudencialmente confirmada por el órgano jurisdiccional nacional supremo”. Piénsese en la consecuencia de esta afirmación, que lleva, entre otros destinos, a posibilitar recursos por incumplimiento fundados en la jurisprudencia. Habida cuenta de los tiempos de transposición judicial que vivimos, parece importante este planteamiento.

Para la resolución del caso concreto, la pregunta más importante era la tercera, que apuntaba a determinar si las dos prestaciones tenían la misma naturaleza y por lo tanto podían ser objeto de la aplicación de cláusulas de reducción. La jurisprudencia a la hora de caracterizar esta identidad es bastante clara: “las prestaciones de Seguridad Social son de

⁹ ECLI:EU:C:2018:189

¹⁰ Que resultaba aplicable en este caso por el momento en que se habían concedido las prestaciones.

la misma naturaleza cuando su objeto y su finalidad así como su base de cálculo y sus requisitos de concesión sean idénticos. Por el contrario, no deben considerarse elementos constitutivos, para la clasificación de las prestaciones, las características meramente formales”.

A juicio del Tribunal, la pensión española de incapacidad y la suiza de jubilación encajaban en tal similitud, ya que las primeras “presentan características análogas a las de las prestaciones de vejez, en la medida en que tienen por objeto garantizar medios de subsistencia a los trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual y que, habiendo alcanzado una cierta edad, tendrán además dificultades para encontrar un empleo en un ámbito diferente al de su profesión habitual”. Serían en cambio diferentes de las de desempleo, puesto que la reincorporación del incapaz permanente sólo conllevaría la pérdida del complemento.

La siguiente pregunta del Tribunal español, condicionada por la positiva respuesta a la anterior, buscaba determinar qué cláusulas de reducción podían aplicarse en este caso. Y aquí es donde la sentencia pone de manifiesto el arcano contenido de los Reglamentos: “el artículo 46 *ter*, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71 dispone que las cláusulas que prohíben la acumulación contenidas en la legislación de un Estado miembro sólo se aplicarán a una prestación calculada según lo dispuesto en el artículo 46, apartado 1, letra a), inciso i), de dicho Reglamento cuando se cumplen dos requisitos acumulativos, a saber, en primer lugar, cuando se trata de una prestación cuyo importe sea independiente de la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos y, en segundo lugar, si la prestación se menciona en la parte D del anexo IV”.

Desentrañando este misterio, ambas prestaciones habrían sido calculadas efectivamente conforme al citado precepto. El primero de los dos acumulativos sería dudoso, pero en todo caso el Tribunal señaló que el complemento no figuraba en el anexo, lo que haría inviable su aplicación. En dicho anexo aparecen únicamente “las pensiones españolas de muerte y de supervivencia concedidas dentro

del régimen general y los regímenes especiales”. La sentencia, en definitiva, parece indicar que es posible el disfrute del disputado complemento, al no poder aplicarse las cláusulas de reducción discutidas.

En segundo lugar, la *sentencia de 28 de junio de 2018, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Jesús Crespo Rey, con intervención de Tesorería General de la Seguridad Social, asunto C-2/17*¹¹, añadió un nuevo mojón en el largo camino del tratamiento de la jubilación, en una nueva cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, probablemente la comunidad autónoma donde más influencia tiene la normativa comunitaria de Seguridad Social.

El Sr. Crespo Rey había emigrado a Suiza tras haber cotizado en España. Al terminar su cotización en el país alpino, suscribió un convenio especial con la Seguridad Social española, cuyas cuotas se correspondían con la base mínima de cotización, de acuerdo con la normativa española sobre convenios especiales para emigrantes. Al calcular en 2014 el INSS su pensión de jubilación, empleó esta base mínima para cubrir la laguna anterior al convenio especial y no recurrió a las cotizaciones reales, más elevadas, previas al desplazamiento a Suiza.

Merece la pena recoger, literalmente, las cuestiones planteadas por el TSJ, puesto que expresan a la perfección la complejidad de la normativa aplicable: “¿Deben entenderse excluidas de la expresión “la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo” a que se alude en el Anexo XI.G.2 del [Reglamento n.º 883/2004] aquellas bases de cotización derivadas de la aplicación de una norma interna española según la cual un trabajador migrante retornado cuyas últimas cotizaciones reales españolas hubieran sido superiores a las bases mínimas solo puede suscribir un convenio de mantenimiento de cotizaciones conforme a bases mínimas mientras que, si fuera un trabajador sedentario, se le habría ofrecido la posibilidad de suscribirlo por bases superiores? En caso de respuesta afirmativa a la [primera] cuestión,

¹¹ ECLI:EU:C:2018:511

y de conformidad con el Anexo XI.G.2 del [Reglamento n.º 883/2004], ¿son remedios adecuados para reparar el perjuicio causado al trabajador migrante tomar las últimas cotizaciones reales españolas debidamente actualizadas y considerar el período cotizado al amparo del convenio de mantenimiento de cotizaciones como período neutro o un paréntesis?”. Como es fácil imaginar, la sentencia dio lugar a una enjundiosa respuesta, a cargo del conocido F. Biltgen.

El núcleo del problema, desde una perspectiva de Derecho de la Unión Europea, era la diferencia de trato entre alguien que no hubiera ejercitado la libre circulación, que habría podido elegir su base de cotización en el convenio especial, y alguien que la hubiera disfrutado efectivamente, atado normativamente a la base mínima. Otro perjuicio se derivaba de la “prolongación” artificial por la Seguridad Social de dichas bases mínimas, en una interpretación estricta del Anexo XI, que le llevaba a descartar las bases reales anteriores.

El arranque del razonamiento judicial fue el mismo que en la sentencia anterior: el contraste entre la competencia de los Estados para organizar sus sistemas de Seguridad Social y la necesidad de respetar imperativamente los derechos garantizados por el ordenamiento de la UE. De ahí que el Tribunal dedicara varios párrafos a estudiar los efectos del sistema español a propósito del convenio especial. Su conclusión fue el claro perjuicio y el remedio la interpretación conforme o la inaplicación directa de la norma nacional: “A falta de una correcta aplicación del Derecho de la Unión, el régimen aplicable a los miembros del grupo favorecido sigue siendo el único sistema de referencia válido”.

Y sin perjuicio de que la solución definitiva correspondiera al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la sentencia ofreció un atisbo de esta: “debe destacarse a este respecto que este objetivo podría alcanzarse, a priori, concediendo también a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial tal facultad y permitiéndoles cotizar retroactivamente con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y, en consecuencia, reclamar sus derechos a una pensión de jubilación en función de estas nuevas bases”.

4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

4.1. Igualdad entre mujeres y hombres

En esta materia, España ha aportado las cuestiones prejudiciales de más interés. La sentencia más importante fue, probablemente, el caso *Porras Guisado*. Se trató de la *sentencia de 22 de febrero de 2018, Jessica Porras Guisado y Bankia, S.A., Sección Sindical de Bankia de CCOO, Sección Sindical de Bankia de UGT, Sección Sindical de Bankia de AC-CAM, Sección Sindical de Bankia de SATE, Sección Sindical de Bankia de CSICA, Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), con intervención de Ministerio Fiscal, asunto C-103/16*¹², una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En ella se intentaba determinar si era posible incluir a una embarazada entre los afectados por un despido colectivo. En el plano jurídico, por lo tanto, se trataba de estudiar la articulación de la Directiva 92/85/CEE, elativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, y la Directiva 98/59/CE, sobre despidos colectivos.

La Sra. Guisado Porras llevaba varios años trabajando en Bankia, cuando en 2013 tuvo lugar en dicha empresa un complejo proceso de reestructuración, que implicó el obligado periodo de consultas de la representación de los trabajadores, en este caso cuatro secciones sindicales. En dichas negociaciones, se pactaron dos criterios de prioridad de permanencia: “En el caso de matrimonios o parejas de hecho, sólo se podrá afectar a uno de los cónyuges a su elección de acuerdo a las necesidades funcionales y de perfiles requeridos, pudiendo ser necesaria la movilidad geográfica para cumplir este requisito; en el caso de empleados con alguna discapacidad superior al 33 % reconocida y acreditada por los organismos competentes de cada Comunidad Autónoma, y siempre y cuando exista amortización de su puesto de trabajo, se valorará su reubicación en otro puesto siempre y cuando sea acorde a su perfil profesional”.

¹² ECLI:EU:C:2018:99

Para el resto del personal, se llevó a cabo un proceso de valoración, tratado también en el periodo de consultas, que baremó las distintas situaciones. La Sra. Porras Guisado obtuvo una de las valoraciones de menor puntuación de la provincia de Barcelona, por lo que se le comunicó la extinción de su contrato de trabajo, con el abono de la indemnización correspondiente. El quid de la cuestión radicaba en que, en el momento de su despido, la trabajadora estaba embarazada. El Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró no otorgó relevancia alguna a esta situación, pero en suplicación la Sala de lo Social expresó varias dudas sobre la articulación entre las Directivas mencionadas, planteando la cuestión prejudicial.

La parte inicial de la sentencia se ocupó de descartar las objeciones planteadas por Bankia. En primer lugar, la empresa había alegado que la vulneración de la Directiva 92/85/CEE no se suscitó hasta la fase de suplicación. Además, señalaba que una acción individual de despido no era el trámite oportuno para impugnar los criterios de permanencia. Como es habitual, el Tribunal de Justicia no entró a valorar ninguna de estas cuestiones de legalidad interna. Todas ellas deberían haberse sustanciado ante el Tribunal Superior de Justicia a través de los mecanismos procesales oportunos de la LRJS.

La segunda objeción tenía que ver con el carácter hipotético de la cuestión prejudicial. Como es bien sabido, este mecanismo está diseñado para resolver dudas interpretativas que son centrales en la resolución del litigio original. Bankia sostenía que, al no tener conocimiento del embarazo, todo el problema tenía carácter teórico. Tal afirmación era contraria a lo que constaba en autos, por lo que el Tribunal decidió abordar el fondo del asunto.

La primera pregunta planteada apuntaba, directamente, a la articulación entre ambas Directivas. La Directiva 92/85/CEE permite, excepcionalmente, la extinción del contrato de la trabajadora embarazada en “casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Por su parte, la Directiva 98/59/CE se construye sobre “uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”. ¿Encaja la primera definición en la segunda?

La sentencia partió de la necesidad de disfrutar de la protección de ambas Directivas, insistiendo en el carácter excepcional de las situaciones donde el despido de una trabajadora embarazada puede ser admitido. Para ello, es necesaria una comunicación escrita que contenga los motivos justificados para la extinción, y además que dicho despido esté admitido en la legislación nacional. Esta segunda exigencia, a ojos del Tribunal, podía identificarse con las reglas sobre despido colectivo.

El desarrollo del primer requisito indicado anteriormente no ocupó mucho espacio en la dinámica de la sentencia. Se limitó a indicar que “estos motivos pueden ser, entre otros, económicos, técnicos, organizativos o de producción de la empresa”. Añadió, además, que era preciso identificar los criterios objetivos empleados para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña preguntó también si la nulidad del despido prevista en el Estatuto de los Trabajadores era medida de protección suficiente conforme a la Directiva, al dejar abierta la posibilidad a que el despido se lleve efectivamente a cabo. La sentencia distinguió el contenido de los artículos 10.1 y 10.3 de la Directiva. Por un lado, los Estados deben prohibir el despido de la embarazada. Por otro, deben tomar medidas para protegerla frente a las consecuencias de éste, dos momentos claramente diferenciados. La nulidad se correspondería con la segunda etapa. Sin embargo, de la sentencia se desprende que el Derecho español no contiene una prohibición expresa y preventiva del despido de una trabajadora embarazada. Literalmente, nada puede objetarse y debe procederse a su introducción en el Estatuto de los Trabajadores.

Otra de las dudas, expresada en varias preguntas, afectaba a la inexistencia de un mecanismo legal paralelo al que contiene la legislación para los representantes de los trabajadores. Nada a este respecto condenó al Tribunal puesto que, como había señalado la Comisión Europea, la Directiva “no obliga a los Estados miembros a establecer una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de

trabajo, aplicables con anterioridad al despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia”.

En este caso, la respuesta del Tribunal no parece que en nada vaya a enmendar la posición de la Sra. Porras Guisado, pendientes de la resolución que dé el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La sentencia, en todo caso, debería hacer reflexionar sobre la transposición mínima de Directivas. Los Estados son libres de otorgar una mayor protección que la que exigen las normas comunitarias. Y sin embargo, en muchas ocasiones, se opta por no separarse apenas del canon demandado por la Directiva. Una reflexión cuidadosa sobre los límites de las Directivas, que podría extraerse de la observación comparada y del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, podría conducir a mejores adaptaciones del ordenamiento europeo y a la creación de normas más garantistas.

Una nueva cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia fue resuelta por el Tribunal de Justicia en la *sentencia de 19 de septiembre de 2018, Isabel González Castro y Mutua Univale, Prosegur España, S.L., Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), asunto C-41/17*¹³. La Sra. González Castro, guardia de seguridad, solicitó tras dar a luz y reincorporarse a su trabajo, normalmente en turnos rotatorios y en ocasiones en horario nocturno, una evaluación de los riesgos que este conllevaba durante la lactancia. La mutua correspondiente se lo denegó, confirmando el Juzgado de lo Social dicha denegación, pero planteándose un considerable número de dudas a la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, que elevó la cuestión prejudicial a propósito de las Directivas 92/85/CEE y 2006/54/CE.

La primera pregunta buscaba saber si una trabajadora que solo realiza trabajo nocturno en el turno correspondiente encajaba o no en la caracterización del artículo 7 de la primera de las Directivas, sobre protección de su seguridad y su salud. La respuesta del Tribunal de Justicia fue positiva, al considerar que

en caso contrario se disminuiría el efecto útil de la norma comunitaria. Matizó, eso sí, que para poder beneficiarse de las medidas que dispone dicho artículo, “la trabajadora de que se trata debe presentar un certificado médico que dé fe de la necesidad de dichas medidas desde el punto de vista de su seguridad o su salud, según las modalidades determinadas por el Estado miembro de que se trate”.

Las preguntas segunda a cuarta fueron respondidas de forma unitaria por el Tribunal de Justicia, al ocuparse todas ellas de la posible discriminación existente y la carga de la prueba relativa a ella. En síntesis, el TSJ quería saber si la denegación a la trabajadora podía ser considerada como discriminatoria y conllevar un desplazamiento de la carga probatoria sobre el riesgo del puesto.

El Tribunal de Justicia, en el caso *Otero Ramos*¹⁴, también planteado por el TSJ de Galicia, ya había declarado que las disposiciones sobre prueba de la Directiva 2006/54/CE se extendían a los derechos derivados de la Directiva 92/85/CEE. En consecuencia, la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad y constituye una discriminación directa por razón de sexo.

Tras una detenida consideración sobre los riesgos en el asunto en cuestión, el Tribunal estableció de forma contundente que la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora afectada “debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de dicha trabajadora para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo”. Las reglas sobre carga de la prueba entrarían en juego después, en sede judicial. Curiosamente, el Tribunal no tuvo reparo alguno en evaluar los hechos. La sentencia establece sin ningún género de duda que la evaluación llevada a cabo fue insuficiente, aunque esto debe confirmarlo el TSJ (sin mucho margen de opción, ciertamente).

¹³ ECLI:EU:C:2018:736

¹⁴ ECLI:EU:C:2017:789

Con esta sentencia, el Tribunal insiste en la vía que abrió en *Otero Ramos*. Debe extremarse el celo en el cuidado de la salud de la mujer embarazada o que ha dado luz. Dicho control ha de ser especialmente cuidado por parte de las empresas y han de ponerse a disposición de la mujer los mecanismos procesales que favorezcan su tutela.

Por último, ha de hacerse mención de la *sentencia de 4 de octubre de 2018, Tribunalulul Botoșani, Ministerul Justiției y Maria Dicu, asunto C-12/17*¹⁵, una extraña excepción a la tendencia protectora del Tribunal en esta materia. Se trató de una cuestión prejudicial resuelta en Gran Sala, es de imaginar que a solicitud de Rumanía, el Estado de origen del litigio. Además del rumano, cuatro Gobiernos (entre ellos el español) y la Comisión Europea han presentado observaciones, lo cual no deja de ser un indicio de que este caso fue entendido como algo particularmente relevante.

Los hechos eran simples: una magistrada que había dado a luz y disfrutado sucesivamente de un permiso de maternidad y de un permiso parental había visto sus vacaciones reducidas al no computar su Tribunal el tiempo de este último permiso como tiempo de trabajo efectivo¹⁶. Se trataba, por lo tanto, de estudiar la articulación entre la Directiva 2003/88/CE, que establece el derecho a cuatro semanas de vacaciones, la legislación nacional aplicable, que lo extendía a treinta y cinco días, y la Directiva 2010/18/UE, que regula el permiso parental. Tal era la duda que se planteó en el litigio que siguió a la denegación del permiso.

El Tribunal de Justicia comenzó su razonamiento recordando la finalidad de las vacaciones: descansar en la ejecución de las tareas y el bien conocido “ocio y esparcimiento”. Descansar, para el Tribunal, requiere trabajar antes. La sentencia dedicó algunos párrafos a justificar las excepciones a esta afirmación, a propósito de la articulación con los permisos

por enfermedad o por maternidad. La jurisprudencia en este sentido es clara y ha acarreado importantes cambios en el Estatuto de los Trabajadores.

Pues bien, dicha jurisprudencia “no puede aplicarse *mutatis mutandis* a la situación de un trabajador” como la magistrada del caso estudiado. En primer lugar, porque a diferencia de las dos situaciones anteriores, sostuvo el Tribunal, el disfrute de un permiso parental responde a la voluntad del trabajador y no a situaciones inesperadas. Merece la pena subrayar aquí la utilización del Convenio nº 132 de la OIT como criterio de interpretación de la Directiva 2003/88/CE¹⁷. En segundo lugar, durante el disfrute de ese permiso no hay limitación física o psicológica alguna.

La distinción física con el permiso de maternidad fue el siguiente episodio de la sentencia, deslindando y apartando entre sí ambas situaciones. Y de ahí surgió automáticamente la conclusión, sin un razonamiento dotado de fuerza que lo justifique. Es un simple “no son lo mismo”.

El propio Tribunal pareció ser consciente de esta endebles al autojustificarse en un apartado posterior. “Aunque resulta de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que un permiso garantizado por el Derecho de la Unión no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho con distinta finalidad que el primero”, esta afirmación no tenía implicaciones en la articulación entre los dos permisos comentados. El contrafuerte de refuerzo resultó ser tan endeble como la pared que sostenía.

4.2. Origen racial o étnico

Escasas son las sentencias sobre la Directiva 2000/43/CE, sobre discriminación por el origen racial o étnico, y casi nunca plenamente laborales. Su interés, no obstante, hace que deba presentarse cualquier pronunciamiento en esta materia.

¹⁵ ECLI:EU:C:2018:799

¹⁶ De acuerdo con la normativa rumana, los períodos de incapacidad transitoria, permiso de maternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia y permiso por hijo enfermo computan como tiempo de trabajo efectivo.

¹⁷ “Coloca, en su artículo 5, apartado 4, las ausencias por enfermedad entre las ausencias del trabajo «por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada», que deben ser «contadas como parte del período de servicios».

De acuerdo con la *sentencia de 15 de noviembre de 2018, Heiko Jonny Maniero y Studienstiftung des deutschen Volkes eV, asunto C-457/17*¹⁸, la concesión, por una fundación privada, de becas destinadas a fomentar proyectos de investigación o de estudios en el extranjero está comprendida en el concepto de «educación», a efectos de la Directiva 2000/43/CE y la prohibición de discriminación por origen racial étnico que contiene. Para ello, debe existir una relación suficientemente estrecha entre las prestaciones económicas concedidas y la participación en esos proyectos de investigación o de estudios.

Lo curioso del caso es que el Sr. Maniero, de nacionalidad armenia, no ha obtenido nada de este caso, puesto que por el simple hecho de ser armenio no hay discriminación por origen racial alguna, sino una simple diferencia de trato basada en la nacionalidad, que como es bien sabido está amparada por los Tratados. La segunda conclusión del Tribunal en este asunto fue, de hecho, que supeditar la concesión a la superación de un examen de Estado no supone discriminación por origen racial o étnico.

4.3. Discapacidad

Curiosamente, esta materia, que era el contenido de la Directiva 2000/78/CE más estudiado por el Tribunal, cedió su protagonismo en 2018. No obstante, una interesante sentencia procedente de España puso de nuevo la reflexión sobre sus contenidos encima de la mesa del Tribunal.

La *sentencia de 18 de enero de 2018, Carlos Enrique Ruiz Conejero y Ferroservicios Auxiliares, S.A., Ministerio Fiscal, asunto C-270/16*¹⁹, respondió a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca a propósito del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. El trabajador protagonista del caso tenía una discapacidad reconocida del 37%, derivada principalmente de su obesidad, y durante los años 2014 y 2015 estuvo seis veces en situación de incapacidad temporal. Al superar el 20% de las jornadas

hábiles en los meses de marzo y abril de 2015 y cumplir la exigencia de un 5% de faltas en los doce meses anteriores, la empresa procedió a la extinción del contrato conforme al artículo 52.d ET.

En la impugnación de la extinción, el trabajador alegó que existía una vinculación entre las ausencias y su condición de discapacitado. La empresa, por el contrario, señaló que, al haber renunciado el trabajador a los exámenes médicos periódicos de la mutua, no tenía conocimiento de tal condición. Considerando que el precepto del Estatuto de los Trabajadores podía chocar con la Directiva 2000/78/CE, especialmente con la interpretación de esta que se sostiene tras la sentencia *HK Danmark* de 2013, el Juzgado de lo Social planteó la cuestión prejudicial.

La sentencia comenzó recordando la noción de discapacidad asentada en el Tribunal de Justicia: “una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. En el caso concreto, se trataba de un problema de obesidad. A los ojos del Tribunal de Justicia, primaba el impacto real sobre la capacidad del trabajador que la declaración formal. Incluso llegó a señalar que “el hecho de que se haya reconocido al Sr. Ruiz Conejero la condición de discapacitado a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78”. Esta afirmación puede dar lugar a interpretaciones complejas en el futuro.

Al analizar la normativa española, el Tribunal comenzó recordando que “el trabajador discapacitado al que se aplica esta Directiva debe ser protegido contra cualquier discriminación respecto de un trabajador que no lo es. Por consiguiente, se suscita la cuestión de si la disposición nacional controvertida en el litigio principal puede dar lugar a una discriminación contra las personas discapacitadas”. En este sentido, observó que el Estatuto “se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad que hayan faltado al trabajo. En estas

¹⁸ ECLI:EU:C:2018:912

¹⁹ ECLI:EU:C:2018:17

circunstancias, no cabe considerar que esta disposición establezca una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad”.

En cambio, la diferencia de trato podía surgir de asimilar la enfermedad derivada de la discapacidad con una simple enfermedad, cuestión que desde *Chacón Navas* el Tribunal no ha considerado válida. De acuerdo con la sentencia, un trabajador discapacitado está más expuesto, en principio, al riesgo de aplicación del precepto. De ahí que el paso siguiente fuera, como es habitual, explorar la justificación de la diferencia de trato. De acuerdo con el Gobierno español, la excesiva morbilidad intermitente genera disfunciones en el sistema productivo para las empresas, tanto económicas como de gestión. La finalidad de combatir el absentismo laboral, de acuerdo con la sentencia, ha de considerarse legítima, ya que persigue “un equilibrio entre los intereses de la empresa y la protección y seguridad de los trabajadores, evitando que con dicha medida se produzcan situaciones injustas o efectos perversos”.

Superado el primer estadio del examen, el segundo, de acuerdo con la jurisprudencia asentada del Tribunal, es comprobar si los medios son adecuados y no van más allá de lo necesario para lograr dicha finalidad. Y aquí se detuvo la sentencia, remitiendo este “trabajo de campo” al órgano jurisdiccional.

Fiel a su costumbre de no abordar los hechos concretos de las cuestiones que se le plantean, el Tribunal elaboró una compleja serie de indicaciones para el Juzgado de lo Social. Tan compleja es, de hecho, que es imposible saber si hay discriminación o no. El gato de Schrödinger ha vuelto a aparecer en Luxemburgo. O el de Cheshire... La primera comprobación debe verificar si los datos numéricos recogidos en el Estatuto de los Trabajadores se han concebido efectivamente para responder a la finalidad de combatir el absentismo laboral, sin incluir ausencias meramente puntuales y esporádicas. Además, “el órgano jurisdiccional remitente debe tomar igualmente en consideración todos los demás aspectos relevantes para efectuar dicha verificación, en particular los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral”. Un tercer aspecto es la

comprobación de si el artículo 52 es un incentivo para la contratación y el mantenimiento del empleo. De toda la lista, quizás este es el aspecto más original. El contexto ha de ser objeto así mismo de valoración, “tomando en consideración el perjuicio que puede ocasionar a las personas a que se refiere”. Tarea añadida a esta es “examinar si el legislador español no ha tenido en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad”, sin ignorar “el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, que en general encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado”. La conclusión a la que se llega, tras este homérico catálogo, es que una tesis doctoral está en ciernes y no una sentencia que afecta a los intereses concretos de una persona.

4.4. Discriminación por religión

Hasta tiempos recientes, la discriminación por religión o convicciones había sido la única de las causas recogidas en la Directiva 2000/78/CE que no había sido examinada por el Tribunal de Justicia. Las conocidas *sentencias del velo* rompieron con esta ausencia y la *sentencia de 17 de abril de 2018, Vera Egenberger y Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, asunto C-414/16*²⁰, le dio un matiz adicional al tratamiento jurisprudencial, al tratarse de la primera ocasión en la que la religión es considerada no como un factor interno del trabajador, sino como un requisito profesional esencial.

En la especulación teórica, siempre se consideró que esta exigencia podía venir ligada a determinadas formas de preparación de alimentos, como las reglas *Halal* o *Kosher*, o a la prestación de servicios sociales en el marco de comunidades religiosas, de forma paralela a la reflexión a propósito de la Directiva sobre discriminación por origen étnico. Además, dentro de la Directiva, las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas gozan de unos ciertos privilegios no adjudicados a empresas ordinarias.

²⁰ ECLI:EU:C:2018:257

Concretamente, el artículo 4 reza así: “Los Estados miembros podrán mantener en su legislación nacional vigente el día de adopción de la presente Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización”.

En el año 2012, la Evangelisches Werk, una organización vinculada a la Iglesia Evangélica de Alemania, encargó la redacción de un informe sobre el Convenio de la ONU sobre la discriminación racial, tarea que se llevaría a cabo mediante un contrato de trabajo de duración determinada. Requisito fundamental para la contratación era el siguiente: “la pertenencia a una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las Iglesias cristianas de Alemania y la identificación con la misión de servicio social evangélico. Se ruega que indique su confesión en su curriculum vitae”. La Sra. Egenberger, una reputada especialista en la materia que concurrió al puesto, no indicó confesión alguna y al no ser seleccionada solicitó una indemnización de cerca de 10.000 euros por haber sido víctima de discriminación por motivos religiosos.

El itinerario judicial alemán fue difuso. El primer Tribunal reconoció una indemnización inferior a la solicitada, el recurso contra su decisión fue rechazado y el litigio llegó finalmente al Tribunal Supremo. Fue en este donde surgió la duda, al distinguir conforme a la jurisprudencia constitucional nacional entre “las actividades «que presentan una proximidad» con la predicación del mensaje de la Iglesia y las actividades «sin proximidad» con esta”. El Tribunal consideraba que la anterior tolerancia para el régimen de las Iglesias po-

día chocar con la Directiva 2000/78/CE, que se limita al requisito profesional esencial. La Gran Sala del Tribunal de Justicia, con el conocido F. Biltgen como ponente, fue la que se encargó de resolver el asunto.

Se trataba de averiguar si su artículo 4 otorga las Iglesias la capacidad por sí solas, sin control judicial o administrativo alguno, de determinar “de forma vinculante que, por la naturaleza de la actividad o el contexto en el que esta se desarrolla, una determinada confesión religiosa del candidato constituye un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de su ética”. El resto de las cuestiones prejudiciales planteadas eran el desarrollo de una respuesta negativa, para precisar el significado del requisito profesional esencial.

La interpretación tradicional admitida por la jurisprudencia alemana, salvo confusión de quien escribe en la lectura de la sentencia, otorgaba a las Iglesias la potestad unívoca de fijar la creencia como requisito. Ahora bien, la filosofía de la Directiva 2000/78/CE implica la necesidad de un control de sus disposiciones. No es necesario recurrir a la doctrina del efecto útil para percibir que si los Estados han de estar sometidos al escrutinio judicial, también lo han de estar los restantes sujetos dentro de su ámbito. Lo contrario, la admisión de la autotutela eclesiástica, supondría un régimen que devolvería a la querrela de las Inviduas, y que mal encaje tendría en el ordenamiento de la UE.

Ese control sería emanación del articulado de la Directiva, pero también de la exigencia de una tutela judicial efectiva que se desprende del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales. Por una vez, esta sí es aplicable en un litigio, al identificarse la Directiva 2000/78/CE con un desarrollo normativo de uno de sus preceptos. Tras estudiar la abundante normativa de Derecho originario aplicable y los Tratados internacionales relativos a la materia, la sentencia concluyó que era necesario un control judicial efectivo de las decisiones en esta materia.

Establecida la necesidad de un control judicial, la tercera de las preguntas inquiría sobre los criterios que debían ser analizados.

Es esta una cuestión particularmente delicada, puesto que el sistema de libertad religiosa imperante exige a los Estados miembros, en palabras del Tribunal, “salvo en casos verdaderamente excepcionales, abstenerse de apreciar la legitimidad de la propia ética de la iglesia o de la organización de que se trate”. Ahora bien, ya no se trata de dogma, sino de empleo remunerado. Recuérdese, de pasada, como en el remoto caso *Van Duyn* en 1974, que alumbró el efecto directo de las Directivas, el Tribunal no tuvo el menor reparo en admitir que la Iglesia de la Cienciología de entonces podía ser considerada como una secta.

El punto de partida ha de ser la naturaleza de las actividades o el contexto en el que se realicen. La caracterización de la sentencia es clara y en buena medida parece inspirada por el deslinde que hizo, décadas atrás, entre el ejercicio del poder público y el empleo público: “cuando implica participar en la determinación de la ética de la Iglesia o la organización en cuestión o colaborar en su tarea de predicación, o bien de las circunstancias en que debe desarrollarse dicha actividad, como la necesidad de garantizar una representación fidedigna de la Iglesia o de la organización a efectos externos”.

Fijado así este primer aspecto, el segundo punto de atención del Tribunal fue la exigencia de la Directiva sobre el requisito profesional: “esencial, legítimo y justificado”. Cada uno de los tres términos fue objeto de un análisis detenido. “Esencial” significa que “la pertenencia a la religión o la adhesión a las convicciones en que se basa la ética de la Iglesia o de la organización de que se trate debe resultar necesaria debido a la importancia de la actividad profesional en cuestión para la afirmación de esa ética o el ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia o de esa organización”.

“Legítimo”, por su parte, implica que “el requisito de pertenencia a la religión o la adhesión a las convicciones en que se basa la ética de la iglesia o de la organización de que se trate no sirva para promover un objetivo ajeno a dicha ética o al ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia o de esa organización”. Por último, “justificado” trae consigo que “la iglesia o la organización

que hayan exigido este requisito está obligada a demostrar, a la luz de las circunstancias de hecho del caso concreto, que el riesgo alegado de vulneración de su ética o de su derecho a la autonomía es probable y grave, de tal modo que el establecimiento de ese requisito resulte verdaderamente necesario”. Pocas veces ha sido el Tribunal, en los últimos tiempos, tan explícito y analítico en el estudio de un artículo. Como colofón, añadió la necesidad de proporcionalidad, en tanto que principio general del Derecho comunitario.

La parte final de la sentencia da el paso de la teoría a la práctica. La segunda pregunta planteada por el Tribunal alemán buscaba saber cómo obrar si el Tribunal de Justicia declaraba la incompatibilidad de la norma nacional con la europea. Es decir, una vez más, nos hallamos ante un supuesto de eficacia horizontal de directivas, un problema que cada día asume dimensiones más importantes y que merece una reflexión detenida por parte del legislador europeo.

Como se sabe, el órgano judicial nacional debe llevar a cabo una interpretación conforme que no sea *contra legem*, arrasando cualquier jurisprudencia que se interponga en su camino, como quedó claro en el caso *Rasmussen*. Esta era la reticencia principal del órgano de origen, que se consideraba imposibilitado para llevar a cabo la interpretación conforme.

Y aquí apareció la Carta. La prohibición de discriminación como principio general de Derecho de la Unión surge de ella, de su artículo 21, y la Directiva 2000/78/CE no es más que una medida de desarrollo. Por ese motivo, “esta prohibición es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión”. Misma doctrina se predica de la tutela judicial efectiva, recogida en el artículo 47.

Por lo tanto, el Tribunal estaba obligado a garantizar la plena eficacia jurídica de estos preceptos. Naturalmente, debería llevar a cabo una ponderación entre los distintos intereses en juego, pero a la hora de efectuarla no podía ignorar el equilibrio recogido en la Directiva 2000/78/CE, que pasaría así de norma aplicable a fuente de interpretación. Y si fue-

ra necesario inaplicar cualquier norma nacional, el Tribunal debería obrar de tal manera.

El caso *Egenberger* sorprende por su rotundidad. La separación entre lo eclesiástico y lo terrenal es tan clara que maravilla. Después de este pronunciamiento, se abre la puerta a un replanteamiento de los poderes de las organizaciones religiosas en el dominio de la contratación. Esto no debería dar lugar a nuevas cuestiones prejudiciales, puesto que lo expuesto es, en opinión de quien escribe, tajante. Pero recordando todo el camino que fue necesario para deslindar el antiguo artículo 39.4 TCE (actual 45.4 TFUE), nada puede sorprender.

La Carta de Derechos Fundamentales sale reforzada de esta sentencia. Las fronteras del efecto directo horizontal continúan emborronándose. ¿Para cuándo un debate serio al más alto nivel que consagre en los Tratados estos principios de articulación y deje claro a los operadores jurídicos de los Estados miembros hasta dónde llega el Derecho de la UE?

Poco tiempo después, el Tribunal de Justicia volvió a entrar en el privilegiado régimen de las iglesias en Alemania como una auténtica apisonadora. En la *sentencia de 11 septiembre de 2018, IR y JQ, asunto C-68/17*²¹, el Tribunal de Justicia ha fallado que una Iglesia que gestione un centro hospitalario no puede imponer a sus directivas exigencias distintas en función de su religión sin que estas sean objeto de control judicial. Dichas exigencias éticas no son conformes con la Directiva 2000/78/CE, excepto cuando, dada la naturaleza de las actividades profesionales de que se trate o el contexto en el que se desarrollen, la religión o las convicciones constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la iglesia u organización en cuestión y conforme con el principio de proporcionalidad, extremo cuya verificación incumbe al tribunal nacional. Para garantizar estos derechos, el Tribunal nacional debe inaplicar cualquier legislación nacional contraria a la Carta de Derechos Fundamentales.

5. CONDICIONES DE TRABAJO

5.1. Tiempo de trabajo

Los bomberos y su ordenación del tiempo de trabajo volvieron este año al Tribunal de Justicia, en un sentido similar a pronunciamientos anteriores a propósito de médicos y sus guardias. De acuerdo con la *sentencia de 21 de febrero de 2018, Ville de Nivelles y Rudy Matzak, asunto C-518/15*²², No es posible en las legislaciones nacionales categorías distintas de “tiempo de trabajo” y “período de descanso”: esta dualidad es inherente a la Directiva 2003/88/CE. La guardia de un trabajador, bombero en este caso, que le obliga a responder a las convocatorias de su empleador en ocho minutos, ha de considerarse “tiempo de trabajo”.

Ahora bien, los Estados miembros no están obligados a determinar la retribución de períodos de guardia domiciliaria como estos en función de la calificación de estos períodos como «tiempo de trabajo» y «períodos de descanso». Este es un punto que ya fue abordado en sentencias anteriores, como en *Tyco*, y que da a entender que cabe establecer remuneraciones diferentes para los trabajadores en función de los diferentes niveles de actividad. Con todo, esta posibilidad no ha sido muy explorada, aparentemente.

Sin embargo, son las vacaciones el tema que más ocupa, en este campo, la atención del Tribunal de Justicia. Sin ánimo de exhaustividad, hay que indicar que sólo en el mes de noviembre de 2018 se dictaron tres sentencias al respecto. Se trata de las *sentencias de 6 de noviembre de 2018, Stadt Wuppertal y Maria Elisabeth Bauer, y Volker Willmeroth, y Martina Broßonn (asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16)*²³, *Sebastian W. Kreuziger y Land Berlin (C-619/16)*²⁴ y *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV y Tetsuji Shimizu (asunto C-684/16)*²⁵. Se trató de tres casos procedentes de Alemania, resueltos en dos ocasiones por la Gran Sala y

²¹ ECLI:EU:C:2018:696

²² ECLI:EU:C:2018:82

²³ ECLI:EU:C:2018:871

²⁴ ECLI:EU:C:2018:872

²⁵ ECLI:EU:C:2018:874

con la misma Ponente, A. Prechal, en todos los casos. De ahí que sea fácil concebir que fueron resueltos en unidad de pensamiento, con una doctrina común que los sustenta.

El primero de los casos, *Bauer*, trataba sobre la compensación económica por las vacaciones no disfrutadas por un trabajador fallecido, cuando el Derecho nacional, el archiconocido BGB, la excluye del caudal hereditario. Recuérdate que en el caso *Bollacke*²⁶ el Tribunal ya había reconocido el derecho a su abono, pero el Tribunal Supremo alemán dudaba de si tal interpretación podía ser una lectura *contra legem* del BBG. La obvia incompatibilidad entre la muerte y el ocio y el esparcimiento, finalidad de las vacaciones, fue despachada por el Tribunal de forma tajante: “no cabe admitir que tal circunstancia conlleve la pérdida total retroactiva de ese derecho adquirido que (...) comprende una segunda vertiente igual de importante, a saber, el derecho a percibir una retribución”. Sin compensación económica, el derecho a vacaciones pierde su efecto útil. Por lo tanto, y atendiendo expresamente a la consideración de las vacaciones como derecho fundamental contenido en la Carta, el Tribunal falló que no era posible la limitación hereditaria. Y esa naturaleza de derecho fundamental fue la base de la interpretación más innovadora de esta sentencia. El artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales debe aplicarse en un litigio entre particulares y para garantizar el derecho a vacaciones debe quedar inaplicada cualquier normativa nacional que se oponga a ella.

En el caso *Kreuziger*, la duda del Tribunal de origen era si el derecho a una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas puede perderse cuando el trabajador no haya solicitado disfrutar de sus vacaciones antes de la extinción de la relación laboral pese a haber tenido esa posibilidad. Resultan de mucho interés la afirmación sobre la postura de debilidad del trabajador en la relación laboral y esta síntesis: “las incitaciones a renunciar al tiempo de descanso o a actuar de modo que los trabajadores renuncien a él son incompatibles con los objetivos del derecho a vacaciones anuales re-

tribuidas”. La conclusión de la sentencia fue que la pérdida automática de la compensación económica era contraria al Derecho de la UE, si bien la redacción del fallo permite aventurar que en determinados supuestos dicha pérdida es posible por la necesidad del trabajador.

El último de los casos, *Shimizu*, fue una síntesis de los dos anteriores, en cierta medida, al ocuparse de un trabajador que no quiso disfrutar de sus vacaciones, y que trabajaba para una fundación. Lo dicho en *Kreuziger* se repitió aquí, añadiendo además el Tribunal la siguiente instrucción para el Tribunal nacional: “debe dejar inaplicada dicha norma nacional y velar por que, si el empresario no puede demostrar haber actuado con toda la diligencia necesaria para que el trabajador pudiera efectivamente tomar las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho en virtud del Derecho de la Unión, dicho trabajador no se vea privado de sus derechos adquiridos a vacaciones anuales retribuidas ni, consiguientemente, en caso de extinción de la relación laboral, a la compensación económica por vacaciones no disfrutadas cuyo abono incumbe, en tal caso, directamente al empresario de que se trate”.

5.2. Contratos de duración determinada

Aunque las lecturas de los últimos tiempos permitan concebir que sólo el empleo público español hace aparición en el Tribunal de Justicia, la *sentencia de 28 de febrero de 2018, Hubertus John y Freie Hansestadt Bremen, asunto C-46/17*²⁷, llevó a Alemania al escrutinio del Tribunal. No obstante, la legislación alemana salió airora del examen. En este caso, esta sentencia sirve como indicador para posibles mecanismos que otros Estados miembros podrían introducir en sus normativas, sin incurrir en desacuerdo con el Derecho de la Unión Europea. No debe olvidarse, en todo caso, que esta práctica es sistemáticamente desconocida por el legislador español, que nunca se ha inspirado en sentencias ajenas para traer cambios a nuestro Derecho.

La cuestión prejudicial se centraba en una normativa que permitía, una vez alcanzada la

²⁶ ECLI:EU:C:2014:1755

²⁷ ECLI:EU:C:2018:131

edad de jubilación de un docente, prorrogar anualmente su contrato por acuerdo con su empleador. Esta exigencia de acuerdo, interpretada *sensu contrario*, llevaba a otorgar a la Administración empleadora la capaz de rescindir unilateralmente el contrato prorrogado en esta etapa de ultractividad. Tal fue el caso del Sr. John, en su segunda renovación.

La pregunta dirigida al Tribunal de Justicia se fundaba en dos posibles vulneraciones del Derecho de la UE. En primer lugar, podría tratarse de una discriminación por razón de edad, contraria a la Directiva 2000/78/CE, al ser un mecanismo legal condicionado por la edad de jubilación. En segundo lugar, se trataría de una colisión con la Directiva 1999/70/CE, entendiendo cada prórroga como un contrato de duración determinada.

En el primer caso, el Tribunal fue tajante. Recordó, inicialmente, que la edad de jubilación como causa de extinción ya está admitida jurisprudencialmente. Es más, consideró que una medida como la enjuiciada tenía un carácter de mayor beneficio fundado en la edad, ya que por su sola causa permitía extender el contrato. La alegación fundada en la Directiva 2000/78/CE fue por lo tanto descartada.

En el segundo caso, el problema de partida era determinar si la prórroga quedaba o no incluida en el ámbito de la Directiva 1999/70/CE. En una de sus ambiguas decisiones, la sentencia no dijo ni sí ni no, sino que se limitó a proporcionar elementos de juicio al Tribunal nacional para este decidiera su ajuste en el Derecho alemán. Entre estos elementos, señaló que esta disposición no estaba reñida con el principio de estabilidad en el empleo o que no parece que sea fuente de abusos o precarización.

En todo caso, el Tribunal también dejó instrucciones útiles en caso de que el Tribunal alemán considerara que existía un encadenamiento fraudulento de contratos. Curiosamente, no se reflejaron en modo alguno en el fallo. Las consideraciones se centraron en la existencia de medidas que prevengan el abuso. El hecho de tener la pensión de jubilación garantizada diluyó en buena medida toda esta argumentación, que no fue obstáculo para que el Tribunal de Justicia considerara,

finalmente, que no existía vulneración de la Directiva 1999/70/CE.

Italia también desfiló, a propósito de su empleo público, por el Tribunal de Justicia, con sucesivos pronunciamientos de gran interés. La sentencia de *7 de marzo de 2018, Giuseppa Santoro y Comune di Valderice, Presidenza del Consiglio dei Ministri, asunto C-494/16*²⁸, legitimó la solución encontrada por el Derecho italiano para el encadenamiento fraudulento de contratos, lo que podría ofrecer una referencia de gran interés si algún día se aborda la necesaria reforma de nuestra legislación.

En primer lugar, recordó que la Directiva “no impone a los Estados miembros una obligación general de prever la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido, así como tampoco determina las condiciones específicas en las que pueden utilizarse los primeros, deja a los Estados miembros cierto margen de apreciación en la materia”. Esta afirmación no es nueva en el proceder del Tribunal y marca claras pautas de actuación que no siempre son atendidas.

Pero en segundo lugar, validó “la concesión de una indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución del trabajador, junto con la posibilidad que este tiene de obtener la reparación íntegra del daño demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado, siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio”.

Este caso proporcionaría por sí solo material suficiente para que un legislador español pudiera trazar una estrategia de mejora de la calidad del empleo público temporal, dejando a un lado la *indulgencia plenaria* que suele practicar. Piénsese simplemente en cómo está abriendo las puertas a sistemas diferentes de la transformación en figuras como el indefinido

²⁸ ECLI:EU:C:2018:166

no fijo, que el caso *Martínez Andrés*²⁹ validó, aparentemente, aunque otro muy distinto fuera el criterio de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. No puede pasarse por alto que la concesión de indemnizaciones por las Administraciones Públicas sería un mecanismo que podría desafiar algunas de las convicciones más establecidas en nuestra legislación tradicional. Pero quizá sea el momento de buscar medidas más efectivas que otras cuyo encaje en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad ha sido, en ocasiones cuando menos forzado. Una medida como ésta, unida a la asunción de responsabilidades patrimoniales por los causantes de este tipo de prácticas desviadas semejantes a las que contempla la Ley de Presupuestos Generales del Estado, podría ser un ingrediente más en la sana purga que tanto tiempo se lleva buscando.

En el segundo caso, de nuevo el Tribunal respaldó la legislación italiana. En efecto, de acuerdo con la *sentencia de 20 de septiembre de 2018, Chiara Motter y Provincia autonoma di Trento, asunto C-466/17*³⁰, el Derecho de la UE permite la limitación, a los efectos de retribución basada en la antigüedad, del cómputo de los periodos de servicio prestados con contratos de trabajo determinada. La causa objetiva para ello es la diversidad de materias, de condiciones y de horarios durante dichos periodos, en particular en sus misiones de sustitución de funcionarios. Nótese que se trata de un caso completamente diferente a lo que sucedió en Rosado Santana, en el que en el marco de la Junta de Andalucía había identidad de funciones y por lo tanto no cabía trato dispar.

En contraste, la *sentencia de 25 de octubre de 2018, Martina Sciotto y Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, asunto C-331/17*³¹, castigó la legislación italiana, provocando un revuelo en el mundo de las artes más que notable, totalmente desproporcionado. La Sra. Sciotto trabajó como bailarina de ballet para la Ópera de Roma en virtud de varios contratos de duración determinada prorrogados en el marco de distintas representaciones

artísticas programadas durante el período comprendido entre el 26 de junio de 2007 y el 30 de octubre de 2011. Considerando que el encadenamiento de contratos era fraudulento, reclamó la condición de trabajadora indefinida³². La duda de si la Directiva 1999/70/CE era aplicable o no a las actividades artísticas surgió durante el *iter* judicial y condujo al planteamiento de la cuestión ante el Tribunal de Justicia.

La sentencia se inició con los habituales razonamientos del Tribunal sobre una cuestión deficientemente planteada en la que se pide que se interprete normativa nacional. Quizás ha llegado ya el momento de acabar con una mascarada que ya dura años y permitir que el Tribunal aborde sin tapujos ni circunloquios estas cuestiones. Ahorraría tiempo al lector e hipocresía a las partes, ya que cuando el Tribunal quiere entrar al fondo, lo hace.

Tal fue el caso. La primera parte del razonamiento se basó en una repetición de jurisprudencia anterior, poniendo el Tribunal buen cuidado en usar casos *italianos* y la *sentencia Comisión contra Luxemburgo* invocada por la señora Sciotto. Este itinerario condujo a afirmar que no había ningún mecanismo italiano que protegiera contra el abuso en este tipo de contrataciones. De ello se seguía la necesidad de encontrar una razón objetiva para ello.

Quien conozca la jurisprudencia del Tribunal a este respecto sabe la dificultad de encontrar una razón objetiva que justifique excepciones a la Directiva 1999/70/CE. Los argumentos del Gobierno italiano fueron, en este sentido, deficientes. El primero era la naturaleza pública de las fundaciones que celebran los contratos. Después de casi quince años de jurisprudencia sobre la Directiva en este sentido, este argumento es como un silencio de redonda.

La segunda razón era que los contratos se celebraban “tradicionalmente” en este ámbito de forma temporal. Para el Tribunal, esta defensa sería directamente contraria

²⁹ ECLI:EU:C:2016:680

³⁰ ECLI:EU:C:2018:758

³¹ ECLI:EU:C:2018:859

³² Que el litigio se iniciara en 2012 dice muy poco de la celeridad jurisdiccional italiana.

a los objetivos de la Directiva, puesto que la privaría de capacidad alguna de modificar los ordenamientos nacionales, haciendo perdurar las prácticas fraudulentas. Merece la pena reproducir íntegramente la opinión de la sentencia sobre el argumento de fondo: “incluso si el desarrollo de la cultura italiana y la salvaguardia del patrimonio histórico y artístico italiano pueden considerarse objetivos dignos de protección constitucional, el Gobierno italiano no explica la razón por la cual la consecución de dichos objetivos exige que los empleadores del sector cultural y artístico contraten únicamente personal de duración determinada. En efecto, no parece que ese sector, al contrario que otros servicios de utilidad pública, como la sanidad o la educación nacional, exija una adecuación constante entre el número de trabajadores empleados y el número de usuarios potenciales, o que deba hacer frente a servicios de guardia que hayan de garantizarse de modo permanente o a otros factores difícilmente previsibles”. Es difícil sonar más escéptico.

El siguiente argumento tuvo, por un instante, visos de prosperar: “las exigencias artísticas o técnicas relacionadas con la representación de un espectáculo pueden hacer necesaria una contratación temporal”. Lo que no es posible, en todo caso, es cubrir necesidades permanentes con contratos temporales. En el problema concreto que estudiaba el Tribunal, esta comprobación debía llevarla a cabo el Tribunal italiano, si bien la sentencia ya señaló que en la documentación nada parecía justificarlo. El cuarto argumento, las necesidades presupuestarias, fracasó como en todas las anteriores ocasiones en que fueron invocadas.

El quinto argumento buscaba justificar la existencia de las interinidades *de vacante* mientras se lleva a cabo un proceso de selección. El Tribunal admitió, en abstracto, esta posibilidad como legítima, pero señaló, descartando la justificación, que nada en el litigio indicaba que la Sra. Sciotto estuviera en esta situación. Nótese como aquí el Tribunal analizó hechos, y no simplemente Derecho de la UE.

La última baza italiana era la prohibición legal de la transformación en contratos indefinidos de los celebrados en fraudes con fun-

daciones públicas. El Tribunal concedió que la Directiva no exige dicha transformación, pero sí exige que existan medidas disuasorias. Ninguna existía en el Derecho italiano en caso de fraude, ni siquiera una indemnización, salvo la responsabilidad personal de los directivos responsables de la contratación. Correspondería al Tribunal italiano verificar si esta medida era, en efecto, disuasoria.

La conclusión del Tribunal fue que la transformación en indefinida podría ser una solución adecuada, a falta de otra en el ordenamiento italiano. Recuérdesse que esto fue lo mismo que dijo en *Martínez Andrés* y que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha discurredo por diferentes vericuetos.

La reseña ha de cerrarse con la mención de la *sentencia de 21 de noviembre de 2018, Pedro Viejobueno Ibáñez, Emilia de la Vara González y Consejería de Educación de Castilla-La Mancha, asunto C-245/17*³³, que añadió un nuevo hito a la interminable lista de sentencias sobre empleo público temporal en España. Ambos protagonistas eran profesores interinos al servicio de la Administración de Castilla – La Mancha, que los cesó al final del periodo lectivo, en junio, en lugar de esperar al inicio del nuevo curso, en septiembre. Considerando que este cese podía ser contrario a la Directiva 1999/70/CE y que la situación sobre el abono de sus vacaciones también presentaba dudas, el Tribunal Superior de Justicia elevó la cuestión prejudicial.

Tras una extensa reflexión, el Tribunal de Justicia optó por ponerse de perfil y encargar al Tribunal proponente “apreciar si el empleador extinguió la relación de servicio de los interesados antes de que se produjese la circunstancia fijada de manera objetiva por las partes de los asuntos de los que conoce”. Caso de ser así, no obstante, no habría discriminación, sino un incumplimiento por parte del empleador.

Y ese fue el punto central de la sentencia. No hay trato discriminatorio, sino las diferencias entre una relación indefinida y una de duración determinada. No puede decirse aquí

³³ ECLI:EU:C:2018:934

con la conciencia tranquila que el Tribunal de Justicia haya plasmado un gran razonamiento, sino casi un argumento de autoridad. Por otra parte, como los demandantes buscaban un trato igual que el de los interinos de años anteriores, esa situación queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. En la misma línea, la pérdida de las vacaciones no sería una discriminación, sino la consecuencia lógica del cese. De nuevo, un argumento endeble. La última parte de la sentencia agrupó las cuestiones segunda y tercera y las solucionó tajantemente. Mientras haya una compensación económica por las vacaciones efectivamente generadas y no disfrutadas, no hay problema con la Directiva 2003/88/CE. Los días perdidos con el cese anticipado quedan, pues, como lágrimas en la lluvia.

5.3. Insolvencia empresarial

Cuando parecía que el FOGASA había cerrado ya su configuración definitiva y se adaptaba a la perfección a las exigencias de la Directiva 2008/94/CE, la *sentencia de 28 de junio de 2018, Eva Soraya Checa Honrado y Fondo de Garantía Salarial, asunto C-57/17*³⁴, dio una nueva vuelta de tuerca al ámbito de protección del Fondo público.

La peculiaridad de este caso vino determinada por el hecho de que la cantidad objeto de discutida protección por el FOGASA no era una indemnización por despido, sino la cantidad derivada de una extinción consecuencia de la negativa a una decisión empresarial de movilidad geográfica, conforme al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores. Rechazando un traslado de más de 400 kilómetros, la protagonista del caso había obtenido judicialmente una indemnización de más de 7.000 euros, dado que la empresa se negaba a abonar la cantidad voluntariamente. Tras la sentencia, la empresa fue declarada insolvente y la trabajadora reclamó la indemnización pendiente de pago al FOGASA, que se negó a abonarla. Confirmada la denegación por el Juzgado de lo Social, fue en fase de suplicación cuando la duda se suscitó entre los componentes de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Resulta curioso ver que la mayor parte del razonamiento judicial estuvo construido sobre sentencias anteriores de origen español, poniendo de manifiesto la decisiva importancia que ha tenido el Tribunal de Justicia en la configuración actual del FOGASA. En síntesis, la sentencia recordó que la determinación de las prestaciones a cargo de la institución de garantía es una facultad de cada Estado, pero siempre deben respetar el principio de igualdad y no discriminación.

Partiendo de tal punto, el Tribunal de Justicia llevó a cabo un examen, quizás innecesario, de las distintas formas de terminación del contrato de trabajo que contiene el Estatuto de los Trabajadores, para acabar concluyendo que las extinciones derivadas del artículo 40 se encuentran en una situación comparable a las derivadas del artículo 50 del propio Estatuto. Recuértese que en el caso *Pujante Rivera*, el Tribunal había incluido este tipo de extinciones en las computables a los efectos de despidos colectivos.

Llevada a cabo esta equiparación, el Tribunal estudió la alegación del Gobierno español de que estas extinciones se debían a una elección voluntaria del trabajador afectado. Para la sentencia, este argumento no podía prosperar, ya que la voluntad del empresario de llevar a cabo el traslado era la verdadera causa última de la extinción. No encontrando ningún otro motivo que justificara la diferencia entre las extinciones de los artículos 50 a 52 y las derivadas del artículo 40, el Tribunal consideró que deben considerarse como “indemnizaciones debidas al término de la relación laboral” las derivadas de las extinciones producidas en el marco de una movilidad geográfica.

Juntando las piezas de *Pujante Rivera* y de esta sentencia, es fácil deducir que las extinciones del artículo 40 del Estatuto han de ser computadas para el despido colectivo, y que las extinciones derivadas de modificaciones sustanciales, todavía en el marco del artículo 41 del Estatuto, entran dentro del ámbito de cobertura del FOGASA.

En otros países, hay que mencionar la *sentencia de 25 de julio de 2018, Virginie Marie Gabrielle Guigo y Fondo «Garantirani vze*

³⁴ ECLI:EU:C:2018:512

mania na rabotnitsite i sluzhitelite», asunto C-338/17³⁵. En ella, el Tribunal decidió que era compatible con el Derecho de la UE no proteger los créditos salariales de los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido más de tres meses antes de la inscripción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia de su empresario. En contraste, la *sentencia de 6 de septiembre de 2018, Grenville Hampshire y The Board of the Pension Protection Fund, con intervención de Secretary of State for Work and Pensions, asunto C-17/17*³⁶, recogió afirmaciones, protectoras para los trabajadores, de gran importancia. El Tribunal afirmó que el artículo 8 de la Directiva 2008/94/CE tiene efecto directo, lo cual no es muy habitual. Y menos en el caso de un artículo que empieza su redacción con “Los Estados miembros se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias...”. Dejando a un lado el debate teórico que esto podría engendrar, lo importante de esta sentencia fue la afirmación de que en virtud de este precepto, en caso de insolvencia de su empresario, cada trabajador asalariado individual debe disfrutar de prestaciones de vejez equivalentes al menos al 50 % del valor de sus derechos adquiridos en virtud de un régimen complementario de previsión profesional. Ese umbral mínimo no aparece en ningún lugar de la Directiva y es un claro aviso para Gobiernos navegantes reformadores.

5.4. Despidos colectivos

Es interesante el contenido de la *sentencia de 7 de agosto de 2018, Miriam Bichat, Daniela Chlubna, Isabelle Walkner y Aviation Passage Service Berlin GmbH & Co. KG, asuntos acumulados C-61/17, C-62/17 y C-72/17*³⁷. Se puede resumir en que una empresa vinculada a un empresario mediante relaciones de participación en el capital social de este o por otros vínculos jurídicos que le permitan ejercer una influencia determinante sobre los órganos de decisión del empresario y obligarlo a examinar o proyectar despidos colectivos es la empresa que ejerce el control, a los efectos de la Directiva sobre despidos colectivos. De esta manera,

el Tribunal de Justicia está, a su modo, levantando el velo en las formas descentralizadas de organización empresarial y buscando el verdadero responsable de la toma de decisiones.

5.5. Transmisión de empresas

En el caso de la *sentencia de 11 de julio de 2018, Ángel Somoza Hermo, Ilunión Seguridad, S.A. y Esabe Vigilancia, S.A., Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), asunto C-60/17*³⁸, el objetivo de la cuestión prejudicial fue, en cambio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y no el propio texto del Estatuto de los Trabajadores, como es habitual.

El caso que dio origen a la cuestión prejudicial concernía al cambio de la empresa de seguridad concesionaria de la vigilancia del Museo de las Peregrinaciones en Santiago de Compostela. Al producirse la entrada de una nueva empresa contratista, esta indicó al Sr. Somoza Hermo, que da nombre al caso antes de la entrada en vigor de las nuevas reglas sobre anonimato ante el Tribunal de Justicia, que las cantidades adeudadas por la anterior empresa concesionaria eran responsabilidad únicamente de esta, en virtud del Convenio colectivo de empresas de seguridad.

En efecto, de acuerdo con el Tribunal Supremo, la sucesión de contratistas no se regiría por el artículo 44 ET, sino por el convenio y sus reglas específicas, al no encajar esta transmisión en la Directiva 2001/23/CE. Dicho encaje fue el objeto de la duda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que elevó la cuestión prejudicial para determinar si la norma europea sobre transmisión de empresas era aplicable, y con qué consecuencias de ser el caso.

¿Hay transmisión de empresas de acuerdo con la Directiva 2001/23/CE en la subrogación de plantilla derivada de convenio colectivo?

Antes de analizar el fondo de la cuestión hay que señalar que, una vez más, la Sala Décima del Tribunal de Justicia se ocupó de

³⁵ ECLI:EU:C:2018:605

³⁶ ECLI:EU:C:2018:674

³⁷ ECLI:EU:C:2018:653

³⁸ ECLI:EU:C:2018:559

su resolución, integrada por los habituales Levits, Berger y Borg Barthet, cuyo conocimiento del ordenamiento laboral español a estas alturas tiene que ser extraordinario. El caso fue resuelto, además, sin Conclusiones del Abogado General, sin que sea perceptible el ruido provocado por vestiduras rasgándose.

La sentencia comenzó recordando que para favorecer el logro de las finalidades de la Directiva esta no puede ser objeto de una interpretación literal, que viene además condicionada por las distintas versiones lingüísticas. Y con esa intención, refrescó anterior doctrina para afirmar que “es aplicable en todos los supuestos de cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que contrae las obligaciones de empresario respecto a los empleados de la empresa. Por lo tanto, para que la Directiva 2001/23 se aplique, no es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión a través de un tercero”. Con esta interpretación, la sentencia encajó el caso estudiado en el primero de los requisitos exigidos por la Directiva para entrar en su ámbito de aplicación.

El segundo requisito, como se sabe, es el mantenimiento de la identidad de lo transmitido. Desde un punto de vista teórico, aquí podían plantearse grandes dificultades al tratarse de personas que cambian de uniforme, de turnos, de sistemas de evaluación... Para el Tribunal, nada de ello tenía relevancia, como ya había afirmado anteriormente.

Cada transmisión ha de ser objeto de estudio caso por caso, repasando un amplio catálogo de indicios relevantes: “el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades”. Y, como colofón, señaló que estos ele-

mentos deben apreciarse en el marco de una evaluación de conjunto de las circunstancias del caso y, por lo tanto, no pueden apreciarse aisladamente. Tarea minuciosa espera entonces al Juez nacional, que debe tener muy presente qué tipo de empresa es la que está analizando para ponderar la importancia de los elementos listados.

Dando ese paso, como tanto le gusta hacer, el Tribunal ya señaló que “una actividad de vigilancia de un museo, (...) que no exige el uso de materiales específicos, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de vigilancia puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica”. Quedaría, por lo tanto, cumplir el requisito del mantenimiento de la identidad, que se producía efectivamente al haber mantenido la nueva empresa en sus funciones de vigilancia del mencionado Museo a los anteriores guardias.

La conclusión del Tribunal de Justicia fue, por lo tanto, que el Convenio colectivo de empresas de seguridad privada, al ordenar la subrogación del personal, perseguía las mismas finalidades que la Directiva 2001/23/CE. Ahora bien, la sentencia no respondió a la segunda pregunta del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

En efecto, lo que dice *Somoza Hermo* es que un Convenio colectivo y una ley pueden ser dos expresiones de una misma finalidad. El artículo 3.1 de la Directiva consta de dos contenidos, uno obligatorio y otro potestativo. En el resumen del Tribunal, el primero es “el principio de que los derechos y las obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión serán transferidos al cesionario”. El segundo supone “que los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha de la transmisión, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha de la transmisión, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha de la transmisión”. Y el término clave es “podrán”. El artículo 44

ET puede y quiere, el convenio colectivo puede y no quiere establecer la responsabilidad solidaria, sino que elabora una fórmula que despertaba la suspicacia del TSJ, puesto que suponía invertir la regla obligatoria.

Lo que no va a decir el Tribunal de Justicia es cómo se deben articular entre ellas las dos fuentes nacionales en este sentido. El Tribunal fue contundente al acoger la alegación del Gobierno español al indicar que ese problema es uno de Derecho interno y que, por lo tanto, el contraste entre el artículo 44 ET y el convenio de empresas de seguridad queda fuera del alcance de su jurisdicción

El gran tema que se abre con esta sentencia es el ajuste, mejorable, entre Derecho de la Unión Europea y negociación colectiva. Desde hace mucho tiempo no se discute la posibilidad de que la autonomía colectiva sea una vía de transposición del ordenamiento europeo. Se trata, ciertamente, de una posibilidad más propia de los países nórdicos, pero que en todo caso recuerda que ordenamiento supranacional y convencional son susceptibles de articulación. Eso sí, lo son en las mismas condiciones que las legislaciones nacionales, con el principio de primacía rigiendo dicha articulación. No cabe concebir que la voluntad de los agentes sociales, por valiosa que sea, incumpla los compromisos internacionales de un Estado.

En el caso de la *sentencia de 7 de agosto de 2018, Jorge Luis Colino Sigüenza y Ayuntamiento de Valladolid, IN-PULSO MUSICAL, Sociedad Cooperativa, Miguel del Real Llorente, administrador concursal de Músicos y Escuela, S.L., Músicos y Escuela, S.L., Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), asunto C-472/16*³⁹, todo transcurrió por los cauces habituales.

Los hechos arrancaban con el cese de actividad de la empresa encargada de la gestión de la Escuela Municipal de Música de Valladolid por desavenencias económicas con el Ayuntamiento. Ello conllevó el despido colectivo de toda la plantilla, confirmado por el TSJ de Castilla y León y el Tribunal

Supremo. Meses después, una nueva empresa se hizo cargo de la gestión, sin contratar a ninguno de los trabajadores anteriores. En este cuadro, el Sr. Colino Sigüenza impugnó su despido, sin que la sentencia accediera a sus pretensiones ni considerara que había existido sucesión de empresa. En el marco del recurso de suplicación, el TSJ elevó sus cuestiones prejudiciales.

La primera de ellas buscaba aclarar si había transmisión de empresa, atendiendo al paso de cinco meses entre el cese de actividad de la primera concernida y el inicio de actividad de la segunda. Oscura fue la respuesta.

El Tribunal la elaboró con una extensa recopilación de su propia jurisprudencia anterior, entre la que destacan las menciones a la sentencia *Aira Pascual*, donde se había insistido en la importancia del equipamiento en la transmisión de empresas. El mantenimiento de la identidad fue el primer criterio relevante señalado, al que siguieron numerosos otros. Todos ellos deberían ser valorados por el órgano remitente, ya que el Tribunal de Justicia esquivó en este caso bajar a la arena de los hechos.

Sí que tiene especial interés la ponderación de la importancia de los meses transcurridos, al tratarse de un elemento esencial en este caso. Ninguna la reconoció el Tribunal, que ya lo había afirmado con carácter general anteriormente. Merece la pena señalar el matiz de los tres meses de vacaciones incluidos en el tiempo discutido, que a juicio del Tribunal rebajaban incluso más la pertinencia del argumento. La conclusión fue clara: el paso del tiempo, en una situación como ésta, no hace imposible la transmisión de empresas, si concurren los elementos que el órgano judicial nacional debía identificar.

La segunda cuestión planteada partía de la existencia efectiva de la sucesión de empresas y se centraba en la capacidad que tiene la empresa cesionaria de llevar a cabo despidos por razones económicas, técnicas o de organización, excepcionando el régimen general de la Directiva de mantenimiento de los contratos tras la transmisión. La respuesta del Tribunal no fue especialmente clara y de nuevo remitió el trabajo al órgano de origen.

³⁹ ECLI:EU:C:2018:646

En este caso, debería estudiar si los despidos eran consecuencia directa de la transmisión, futura en este caso, lo que los haría contrarios a la Directiva e implicaría el mantenimiento de los trabajadores en la plantilla del cedente a los efectos de la sucesión. De deberse a otras causas, como la imposibilidad de abonar los salarios, sí entrarían los hechos del caso en la transmisión. Al TSJ de Castilla y León le quedaba la tarea de verificar cuál de las dos situaciones era la apropiada.

La tercera cuestión traía a la luz la tutela judicial derivada del artículo 47 de la Carta

de Derechos Fundamentales, a propósito de los efectos de cosa juzgada derivados de la impugnación del despido colectivo y su articulación con la demanda individual derivada de los derechos de la Directiva 2001/23/CE. Tan interesante cuestión fue rechazada por el Tribunal, indicando que carecía de información suficiente para llevar a cabo esa valoración. Esta pregunta, en la frontera cual Brenner entre el Derecho nacional y el Derecho de la UE, habría sido una ocasión excelente para que el Tribunal elaborara, haciendo un poco de Derecho-ficción por parte de quien esto firma, un paso más su doctrina sobre el principio de efectividad.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

El final de un principio y el comienzo de un derecho: las vacaciones anuales retribuidas como derecho fundamental y su repercusión en materia de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Comentario a las sentencias Bauer y Broßonn*

The end of a principle and the beginning of a right: annual paid holidays as a fundamental right and its effects in terms of responsibility due to failure to comply with the European Union Law. Comments on judgements Bauer and Broßonn

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO**

SUMARIO: El reconocimiento internacional y comparado del Derecho de vacaciones.- La interpretación del derecho a las vacaciones con anterioridad a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de Lisboa. El derecho a las vacaciones anuales retribuidas como un “principio del derecho social de especial importancia”.- El fin de un principio: el derecho fundamental a las vacaciones anuales retribuidas más allá de la muerte y de la pasividad del empleador.- Algunos interrogantes resueltos y su repercusión en materia de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL Y COMPARADO DEL DERECHO DE VACACIONES

En todos los instrumentos internacionales relevantes se contempla el derecho a las vacaciones retribuidas de los

trabajadores o de quienes realizan una prestación de servicios. Ya sea con una explícita mención a su carácter retribuido y duración o simplemente mediante un reconocimiento general condicionado a la legislación y prácticas nacionales.

Del mismo modo, las Constituciones de numerosos países de la UE contienen garantías respecto a las condiciones de trabajo entre las que se menciona el derecho de los trabajadores al descanso anual. Luxemburgo (art. 11.5), España (art. 40), Portugal (art. 59.1.d) o con especial intensidad Italia (art. 36), si bien serán las leyes ordinarias las que

* El presente comentario se enmarca en las actividades financiadas con el Proyecto de Investigación DER 2016-78646P (Programa estatal de fomento de la investigación científica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Proyectos de I+D-EXCELENCIA).

** Catedrática de Derecho del Trabajo. UAM.

concretan dicho derecho y su alcance. Por el contrario, las Constituciones de los nuevos Estados miembros ya recogen una detallada definición del derecho reconocido (Constitución eslovaca, polaca, húngara, letona y lituana, que garantizan un período mínimo de vacaciones anuales retribuidas).

En el marco de la Unión Europea, desde el Tratado de Roma, el derecho originario ha considerado relevante una homogeneidad en este derecho, probablemente, y como ocurriera con el reconocimiento de la igualdad por razón de sexo, para evitar discrepancias laborales generadoras de dumping social. De ahí que haya sido un mantra declarar que “Los Estados miembros *procurarán mantener la equivalencia existente entre los regímenes de vacaciones retribuidas*”. Redacción que permanece inalterada -a salvo de la numeración¹- en el vigente art. 158 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

La primera Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo de 1993 y la actual 2003/88/CE, cuyo fundamento competencial se encuentra en el art. 137 del Tratado (que establece que la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros, con vistas a mejorar el entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores), declara en su art. 7:

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral”.

El artículo 17 de la Directiva 2003/88 preceptúa que los Estados miembros podrán esta-

blecer excepciones a determinadas disposiciones. Pero no se admite excepción alguna en lo que al artículo 7 de dicha Directiva se refiere

Asimismo, el derecho a vacaciones se contiene en el Título IV sobre solidaridad en la Carta de DDFP de la UE (art. 31.2):

“Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

En realidad, visto hoy con perspectiva, podría decirse que las vacaciones constituyen un *derecho social fundamental* que podría haberse calificado ya hace tiempo, incluso, de “principio general del Derecho de la Unión Europea” en tanto su reconocimiento podía extraerse de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (como estableciera la STJ de 17 de diciembre de 1970, C-11/70, *Internationale Handegesellschaft*) y de los Tratados internacionales sobre derechos humanos de los que son parte los EM (como precisara por vez primera la STJ de 14 de mayo de 1973, C-4/73 en el asunto *Nold*), aunque no se contenga de modo expreso en el CEDH².

Sin embargo, hasta muy recientemente no se ha proclamado su naturaleza de derecho fundamental de la UE aplicable directamente a las relaciones entre particulares. Y su tortuoso camino hasta esta declaración encuentra todo el sentido del mundo, en tanto su propia configuración y estructura siempre han hecho surgir la duda de si su enunciado es claro e incondicional o si, por el contrario, se trata de un derecho necesitado de intervención estatal a la hora de fijar no sólo las condiciones de su ejercicio, sino el propio significado de “retribución” al que va unido este derecho. Es más, algún pronunciamiento parecía, incluso, haber negado expresamente esa eficacia directa horizontal³.

² Cuya especial importancia destacó igualmente el TJ en *Nold*, así como en el asunto *Rutili*, STJ de 28 de octubre de 1975, C-36/75

³ Asunto *Maribel Domínguez*, STJ (Gran sala) de 24 de enero de 2012, C-282/10, rechazando de modo contundente

¹ Dicha previsión pasará a ser el art. 143 a partir del Tratado de Ámsterdam, quedando numerado con el art. 142 tras el Tratado de Niza y en el Tratado de Lisboa.

Pero la realidad es, una vez más y como ocurriera con otras Cortes constitucionales, que va a ser en el seno de las relaciones laborales donde se cuestione la eterna construcción de los derechos fundamentales exclusivamente como derechos subjetivos frente al Estado y se demuestre que existen otros poderes en los que la asimetría contractual se ve necesitada de protección y de imposición de límites a la autonomía de la voluntad, entre ello, y como más relevantes y necesarios, el límite del respeto a los derechos fundamentales del trabajador.

En el presente comentario se examina el devenir de este derecho y se centra, más concretamente, en las últimas sentencias del TJUE en las que el TJUE declara ya sin ambages que, como ocurriera con *Mangold* o *Kücükdeveci*, se trata de un derecho fundamental directamente aplicable en las relaciones entre particulares pues, aunque su desarrollo se contiene en una Directiva, en el caso de las vacaciones es el art. 31.2 de la Carta de DDFP de la UE, y no la Directiva aplicable, el que impone su aplicación en las relaciones laborales entre privados.

LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LAS VACACIONES CON ANTERIORIDAD A LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE DE LISBOA. EL DERECHO A LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS COMO UN “PRINCIPIO DEL DERECHO SOCIAL DE ESPECIAL IMPORTANCIA”

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta de DDFP de la UE de Lisboa, al que el art. 6.1 TUE reconoce el mismo valor jurídi-

la aplicación de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo en las relaciones entre particulares (ap. 37) y, aunque evitando la cuestión concreta de si las vacaciones anuales pueden ser consideradas un principio general del derecho social de la UE y si, como tal, puede o no ser aplicado en las relaciones entre particulares, parece entrar en ella de modo indirecto al declarar que es un derecho subjetivo de eficacia directa *frente al Estado contenido en una Directiva* y que, en caso de no poder calificarse al sujeto empleador como Estado en sentido amplio, deberá acudir a la doctrina Francovich (acumulados C-6/90 y C-9/90).

co que a los Tratados, el TJUE había señalado por vez primera en la importante STJUE de 26 de junio de 2001, C-173/99, asunto *BECTU* que las vacaciones anuales retribuidas constituyen un *principio del Derecho Social comunitario de especial importancia* (ap. 43). En ese caso, el sindicato BECTU (del personal de espectáculos públicos) cuestionaba la legislación nacional transitoria a la transposición de la Directiva, según la cual un trabajador no comienza a adquirir el derecho a vacaciones anuales retribuidas hasta que haya realizado un período mínimo de trece semanas de empleo ininterrumpido con el mismo empresario, lo que excluía a casi todos sus afiliados. Este caso resulta del máximo interés pues se ponían las semillas que terminarán por germinar en los recientes casos que reconocen sin ambages el derecho fundamental a las vacaciones retribuidas en el marco de la UE.

Ya se nos decía que tanto por el objetivo de la Directiva (en aquel caso la D. 93/104), como por su sistemática, las vacaciones anuales retribuidas de una duración mínima de 3 semanas en el periodo transitorio y de 4 semanas tras su finalización “constituyen un derecho social otorgado directamente por dicha Directiva a cada trabajador como disposición mínima” (ap. 47), con lo que, sin mencionar la eficacia directa, en realidad la dejaba afirmada⁴. Del mismo modo era contundente al afirmar que, a diferencia de otras disposiciones contenidas en la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo respecto de las que la propia Directiva permitía excepciones y restricciones, el art. 7 de la misma (derecho de vacaciones anuales retribuidas) se erigía en una de las pocas disposiciones que no admiten excepción alguna y, por ello, de aplicación a todos los sectores de actividad, tanto privados como públicos que caigan dentro del ámbito de la Directiva y a todos los trabajadores que tuvieran un contrato de trabajo indefinido o de duración determinada (precisamente esto último era lo que interesaba al sindicato porque sus afiliados realizaban normalmente contratos de escasa duración para un mismo empresario de modo que no podían generar el derecho reconocido).

⁴ Claramente se dirá en el asunto *Dominguez* 282/10, ap. 33-38, si bien precisando que en sentido vertical exclusivamente.

Asimismo, este importante asunto desentrañaba parte de la compleja estructura de las vacaciones, pues dejaba entrever que una cosa era la posibilidad de que los EM delimitaran las condiciones de “obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales”, y otra que, a su través, se cercene el propio nacimiento y disfrute del derecho. Para el TJ la referencia del precepto a la legislación interna debe interpretarse en el sentido de que “se refiere únicamente a los criterios de aplicación de las vacaciones anuales retribuidas en los diferentes Estados miembros quienes tienen la posibilidad de establecer los requisitos para el ejercicio y la aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, precisando las circunstancias concretas en las que los trabajadores pueden hacer uso del citado derecho, del que disfrutaban por la totalidad de los períodos de trabajo cubiertos” (ap. 53), sin que abarque requisitos que impidan y priven de este derecho a determinados trabajadores ya que ello sería opuesto al derecho comunitario.

La declaración de que las vacaciones anuales retribuidas constituían un principio del Derecho social de especial importancia, en junio del año 2001, resultaba significativa, si se tiene en cuenta el dato de que se acababa de proclamar solemnemente la primera Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea poco antes, en diciembre de 2000 en Niza, que contemplaba dicho derecho entre los de Solidaridad. La sentencia BECTU, sin embargo, no la menciona, a diferencia de otros pronunciamientos del TJUE que la usaron⁵ como elemento interpretativo a pesar de carecer de efectos vinculantes⁶ y de la insistencia en su relevancia por parte de las Conclusiones presentadas por el AG Tizziano en dicho asunto⁷.

⁵ Un resumen de sentencias en ALONSO GARCIA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Madrid (Civitas), 2ª ed., 2010, p. 305-308.

⁶ DE LA VILLA GIL, L.E., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, RMTAS, nº32, 2001, pp. 21 y 31.

⁷ Conclusiones presentadas el 8 de febrero de 2001 por parte del AG Tizziano, afirmando con rotundidad su carácter de derecho social fundamental a partir de la Carta. Resaltando la carta y la importancia en cuanto al derecho fundamental social de vacaciones, igualmente, las Conclusiones de la AG TRSTENJAK presentadas el 24 de enero de 2008 en los asuntos acumulados *Shuz Hoff y Stringer* y otros confirmando y reafirmando dicha naturaleza.

A pesar de ello, ninguna de las posteriores sentencias en la materia se atrevió a declarar que ese principio de “especial importancia” era en realidad un “principio general” del DUE, como vía clásica para el reconocimiento de los DDFF en la UE, limitándose a reiterar la especial importancia de este principio de derecho social. De hecho, aunque se plantearon cuestiones prejudiciales en el marco de litigios entre particulares, el TJUE no alude a particularidades en la eficacia de las Directivas en tal caso, limitándose a interpretar la Directiva a la luz del caso nacional planteado.

Ni la STJUE de 18 de marzo de 2004, C-342/01, asunto *Merino Gómez v. Sociedad Continental Industrias del Caucho, S.A.*, sobre una solicitud de vacaciones anuales presentada por la Sra. Merino que fue denegada porque su permiso de maternidad coincidía con uno de los períodos de vacaciones anuales de su centro de trabajo establecido en un acuerdo colectivo, ni en las Sentencias posteriores a la conmutación del asunto *Mangold de 2005*, donde por vez primera el TJUE aplica de modo horizontal el principio de no discriminación por razón de la edad a pesar de que, al margen de la Directiva 2000/78/CE, no parecía constituir un derecho predicable de en las tradiciones constitucionales comunes, ni contenido en los Tratados internacionales, irán más allá de remarcar esa “especial importancia” del derecho a vacaciones como principio del Derecho social⁸.

La proclamación solemne en 2007 en Lisboa de la nueva Carta de DDFF de la UE, de la que el art. 6.1 TUE predicaba el mismo valor jurídico de los Tratados, tan sólo llevaría a las sentencias posteriores del TJUE en materia de vacaciones a remarcar su importancia a pesar de entrar en vigor en diciembre de 2009. Aunque alegada la Carta en varias cuestiones prejudiciales previas por parte de

⁸ SSTJUE en los asuntos *Merino Gómez*, de 18 de marzo de 2004, C-342/01, ap. 29; *Robinson-Steele*, de 16 de marzo de 2006, C-131/04 y C-257/04, ap. 48; *Federatie Nederlandse*, de 6 de abril de 2006, C-124/05, ap. 28; *Schultz-Hoff*, de 20 de enero de 2009, acumulados C-350/06 y C-520/06, ap. 22; *Vicente Pereda*, de 10 de septiembre de 2009, C-277/08, ap. 18; *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols/Land Tirol*, de 22 de abril de 2010, C-486/08, p. 28.

los órganos nacionales (en el propio caso BEC-TU en relación con la Carta anterior de Niza; *Comisión/Reino Unido; Impact*), lo cierto es que hasta el asunto *Williams y otros contra British Airways plc*, STJUE de 15 de septiembre de 2011, C-155/10, el Tribunal de la UE no incorpora a su argumentación el art. 31.2 de la Carta. En concreto, al hilo de la resolución de los componentes que debieran formar parte de las vacaciones anuales “retribuidas”. En dicha sentencia, el Tribunal reconoce que el tenor del artículo 7 de la Directiva 2003/88 no aporta ninguna indicación explícita a la retribución a la que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales, recuerda que dicha disposición, que no admite excepción alguna, contiene un “principio del Derecho social comunitario que reviste especial importancia” (ap. 17) y destaca que “el derecho a tal período anual de vacaciones retribuidas está expresamente consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados” (Ap. 18). Asimismo declara que “ya ha tenido ocasión de precisar que la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 significa que, mientras duren las «vacaciones anuales» en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse “la retribución ordinaria” (ap. 19) lo que, en el caso concreto, supondría “no sólo al mantenimiento de su salario de base, sino también, por un lado, a todos los elementos intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluidos en el cálculo de su retribución global, y, por otro, a todos los elementos vinculados con el estatuto personal y profesional”.

Tampoco en esta ocasión se plantea el TJUE, ni le plantean en la cuestión prejudicial, ningún problema en torno a la aplicación del contenido de un derecho contenido en una Directiva, ahora reconocido en la Carta, a un litigio entre particulares como el que se le presentaba. Podría pensarse que tal silencio es consecuencia de entender que existe un principio general del DUE y que, como tal, es directamente aplicable a las relaciones entre privados, como en *Mangold*. Pero el hecho de que los fallos aludan directamente a la con-

formidad (en cuyo caso el tema de la horizontalidad carece de sentido) o de la oposición de la normativa nacional a la “Directiva” de ordenación del tiempo de trabajo, sin referencia alguna a la existencia de un principio constitucional directamente aplicable, hace pensar que, en realidad, probablemente la ausencia de explicación sobre cómo juega la interpretación de la Directiva en las relaciones entre particulares se debe a que el órgano remitente no planteaba que la interpretación posible de la Directiva abocaba a una interpretación *contra legem* de la normativa nacional, impositiva de la interpretación conforme⁹.

Algunas de las sentencias posteriores en materia de vacaciones afectando a particulares insisten ya en la idea de que las vacaciones anuales retribuidas constituyen “no sólo” un principio del Derecho social de especial importancia, “sino que expresamente” están reconocidas en el art. 31.2 de la Carta de DDFE con igual valor jurídico que los Tratados. Pero sin clarificar si, por tal motivo, constituyen un derecho subjetivo de aplicación directa a las relaciones entre particulares.

Así se afirma en el asunto *KHS AG y Winfred Schulte*, STJUE (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2011, C-214/10, ap. 37, considerando que no se opone al art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE que los convenios colectivos limiten la acumulación de derechos de vacaciones, previendo que se extinguen transcurrido un periodo de aplazamiento para disfrutarlas de quince meses, cuando el trabajador ha estado en situación de incapacidad laboral durante varios periodos de devengo consecutivos a fin de evitar una acumulación ilimitada de derechos cuya finalidad dejaría de responder a la que es inherente al derecho a vacaciones anuales retribuidas. O en la STJUE de 8 de noviembre de 2012 en los litigios entre los Sres. *Heimann y Toltschin* contra su antiguo empresario, *Kaiser GmbH* (C229/11 y C230/11), donde se afirma que este derecho

⁹ Impresión que parece corroborar el ap. 44 de las Conclusiones presentadas el 27 de octubre de 2005 por la AG Stix-Hackl, en los asuntos acumulados C131/04 y C257/04, *C.D. Robinson-Steele contra R. D. Retail Services Ltd*, como supuesto entre particulares previo en los que se silencia igualmente toda referencia a una supuesta eficacia horizontal del derecho.

puede disminuirse proporcionalmente a la reducción del tiempo de trabajo cuando ello está acordado en un plan social alcanzado entre la empresa y su comité de empresa donde los trabajadores pasan durante un tiempo a una situación de «reducción a cero del tiempo de trabajo» («Kurzarbeit Null») durante la cual la empresa no está obligada a pagarles el salario si bien les paga un subsidio delegado de la Oficina de empleo, al ser esta situación de suspensión del contrato diferente de la de los trabajadores incapacitados por causa de enfermedad (que tienen derecho a las mismas vacaciones que in trabajador activo) y porque si el empresario estuviera obligado a asumir las vacaciones anuales retribuidas durante el período de reducción del tiempo de trabajo, se correría el riesgo de que el empresario se mostrara reticente a prestar su consentimiento a un plan social conforme al cual el contrato de trabajo se prorroga por razones meramente sociales y, por lo tanto, en interés del trabajador.

En este proceso, el TJUE afirma algo de mayor interés a nuestros efectos en su ap. 22 cuando declara que, “por su condición de principio del Derecho social de la Unión, ese derecho está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados”, lo que podría reconocer su carácter de principio general del DUE y el hecho de que estos principios generales queden absorbidos por la Carta cuando en ella se contienen o, por el contrario, confirmar que se trata de un principio social con carácter meramente de principio informador o rector del ar. 51 Carta. En este asunto, una vez más, no se alude para nada a los problemas de aplicación de dicho principio en las relaciones entre particulares. Tampoco en la STJUE de 22 de mayo de 2014, C539/12, asunto *Lock y British Gas Trading Limited*, en relación con las retribuciones percibidas durante sus vacaciones anuales retribuidas y donde se afirma que la retribución ordinaria comprende no sólo el salario base, sino también las comisiones aunque el método para su cálculo debe apreciarse por el juez nacional sobre la base de las normas y los criterios enunciados por la jurisprudencia del TJ y a la luz del objetivo perseguido por el art. 7 de la Directiva 2003/88. En dicha sentencia

tan sólo se recuerda en su ap. 14 su carácter de principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, “derecho” que, además, “está expresamente reconocido” en el art. 31.2 Carta DDFE UE a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados, pero sin entrar a examinar problemas de aplicación horizontal, probablemente porque bastaba con indicar criterios de interpretación a los que tender sin inaplicar normas nacionales.

Otras sentencias de este periodo eluden, sin embargo, toda referencia a la Carta. Ello ocurre, de modo sorprendente, en el asunto *Domínguez* donde se remite por el TJUE al juez nacional la determinación de la naturaleza jurídica del empleador aunque da pautas para entender que la eficacia de la Directiva sería vertical. En dicho asunto no se habla para nada de la Carta, a pesar de ser el tema estrella de las Conclusiones presentadas por la AG TRSTENJAK el 8 de septiembre de 2011 que le sirven de base jurídica. Tampoco en el caso español que da lugar a la STJUE de 21 de junio de 2012, C-78/11, asunto *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)*, donde simplemente se examina la interpretación del art. 7.1 de la Directiva en el sentido de que se opone a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral. Ni en el asunto *Bollacke*, STJUE de 12 de junio de 2014, C-118/13, en relación con la vertiente del derecho a vacaciones como compensación económica en caso de no haber podido disfrutarse y extinguirse la relación, en el caso concreto, por fallecimiento, donde ya se afirma que en tal supuesto también se tiene derecho a la compensación económica, pero en el que ni se deja ver la Carta, aunque se afirme sin ambages que “en aras de garantizar el respeto de dicho derecho fundamental del trabajador consagrado por el Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no puede interpretar de modo restrictivo el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88, en detrimento de los derechos que el trabajador obtiene de ésta” (ap. 22), ni ninguna problemática relativa a

la aplicación del derecho de vacaciones en las relaciones entre particulares¹⁰, a pesar de ser un supuesto idéntico, como veremos, al abordado en el asunto *Bauer y Broßonn* en los que, por fin, se clarificará la naturaleza de este principio de especial importancia y su juego en relaciones o litigios privados.

Así las cosas, hasta 2013 no se le preguntará al TJUE, por vez primera y de modo claro y contundente, si el art. 31.2 de la Carta, reconociendo el derecho de todo trabajador a un periodo de vacaciones anuales retribuidas, en tanto derecho fundamental de la UE, puede ser invocado directamente en un litigio entre particulares “para comprobar el respeto de esos derechos por las instituciones de la Unión y por los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión”, dejando inaplicada toda disposición nacional contraria al mismo. A pesar del acertado planteamiento por parte de la Corte de Casación francesa, en el asunto *Fenoll*, C316/13, la STJUE de 26 de marzo de 2015 soslaya el problema por entender que la “vinculación” de la Carta con el valor de los Tratados no se producía en el momento de los hechos cuestionados. El tema surge en el marco de un litigio entre el Sr. Fenoll por una parte, y el Centre d’aide par le travail «La Jouvene» y la association de parents et d’amis de personnes handicapées mentales (APEI) d’Avignon por otra, donde la duda residía en si una persona que no es trabajador por cuenta ajena, sino que ha sido admitida en un centro de ayuda mediante el trabajo, podía considerarse “trabajador” a efectos del art. 7 de la Directiva 2003/88/CE. El TJUE declara que el art. 31.2 de la Carta no es aplicable como tal *ratione temporis* en una situación como la del litigio principal (ap. 45) pues la reclamación del Sr. Fenoll en concepto de vacaciones anuales retribuidas “guarda relación con un período precedente a la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa y, por tanto, a la fecha en la que la Carta adquirió el mismo valor jurídico que los Tratados conforme al artículo 6, apartado 1, del Tratado UE” (ap. 46) y, por ello, no puede ser invocado como tal en el litigio principal (ap. 47), de suerte que sin no es posible una interpretación del Derecho

nacional conforme con esa Directiva, su art. 7 “no puede ser invocado en un litigio entre particulares como el asunto principal para garantizar el pleno efecto del derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada toda disposición nacional contraria”, si bien la parte perjudicada por la falta de conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá invocar, no obstante, la jurisprudencia derivada de la sentencia *Francovich* y otros (C6/90 y C9/90, EU:C:1991:428) para obtener, en su caso, reparación del daño sufrido, como ya señaló en el asunto *Domínguez*, C282/10.

Quedaba claro que el derecho a vacaciones anuales retribuidas era un principio que, por mucha importancia que tuviera para el TJUE, de momento, en caso de no ser concedido por el empleador privado a su trabajador, era este último quien debía asumir el coste de reclamar al Estado los perjuicios derivados de su falta de cumplimiento adecuado del Derecho de la UE cuando el órgano judicial nacional no pudiera realizar una interpretación del conjunto de su derecho nacional conforme con los objetivos perseguidos por la Directiva.

EL FIN DE UN PRINCIPIO: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS MÁS ALLÁ DE LA MUERTE Y DE LA PASIVIDAD DEL EMPLEADOR

A pesar de que, desde el asunto *BECTU*, algunos relevantes AG proclamaran que el derecho de vacaciones anuales retribuidas debía considerarse un derecho fundamental, lo cierto es que el TJUE siempre eludió pronunciarse así de contundente. Tampoco asumió su terminología habitual de considerar dicho derecho un “principio general” del DUE. Por el contrario, acogió una nueva categoría, la del “principio del Derecho social de especial importancia” que poco clarificaba su naturaleza e inducía a confusión.

Es cierto que en el asunto *Bollacke* el TJUE constataba expresamente y por primera vez, que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas era un “derecho fundamental del trabajador consagrado por el Derecho de la Unión” (ap. 22) y ello lo hacía en el marco de un litigio

¹⁰ El fallo alude exclusivamente al art. 7.2 de la Directiva y cómo debe interpretarse, sin mención adicional.

entre particulares, la Sra. *Bollacke* y el antiguo empleador de su difunto marido. Ninguna de las sentencias posteriores se atrevería a tanto, limitándose a reiterar el mantra del carácter de principio del derecho social de especial importancia de las vacaciones y su recepción en la Carta¹¹. Pero al final en el asunto *Bollacke*

¹¹ Con independencia de que se trate o no de un litigio entre particulares. Así, STJUE de 11 de noviembre de 2015, C219/14, asunto *Kathleen Greenfield y The Care Bureau Ltd*, aps. 26 y 27, en relación con el cálculo de la compensación económica por vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas a la que la Sra. Greenfield considera tener derecho tras la extinción de su contrato de trabajo a tiempo parcial y en el que se declara que la cláusula 4, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial y el artículo 7 de la Directiva 2003/88 deben interpretarse en el sentido de que "el cálculo de los días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene derecho debe efectuarse de acuerdo con los mismos principios tanto si se trata de determinar la indemnización compensatoria por vacaciones anuales retribuidas devengadas y no disfrutadas, en el caso de que se extinga la relación laboral, como de determinar el resultado de los días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene derecho, en caso de mantenerse la relación laboral". Exactamente igual en la STJUE de 12 de febrero de 2015, C396/13, asunto del sindicato finlandés de la construcción *Sähköalojen ammattiliitto ry y Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, una sociedad establecida en Polonia, ap. 64 y 65, en relación con una cesión de créditos salariales de trabajadores desplazados y que, analizando la Directiva 96/71, a la luz de los artículos 56 TFUE y 57 TFUE, entre otras cuestiones, declara que "la paga de vacaciones que debe concederse al trabajador desplazado por la duración mínima de las vacaciones anuales remuneradas corresponde al salario mínimo al que tiene derecho durante el período de referencia". Mantra reiterado en la STJUE de 30 de junio de 2016, asunto *Sobczyszyn y Szkoła Podstawowa w Rzeplinie*, ap. 20, que termina declarando que se opone al art. 7.1 de la Directiva la normativa "que permite que un trabajador que goza de un período de descanso por convalencia, concedido con arreglo al Derecho nacional, durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones del centro en el que está empleado, pueda ver denegado, al término de su período de descanso por convalencia, el derecho a disfrutar sus vacaciones anuales retribuidas en un momento posterior, a condición de que la finalidad del período de descanso por convalencia difiera de la correspondiente al derecho a vacaciones anuales" lo que deberá comprobar al órgano jurisdiccional nacional. O, incluso en el interesante asunto de la STJUE, también de Sala, de 29 de noviembre de 2017, C214/16, *Conley King y The Sash Window Workshop Ltd, Richard Dollar*, aps. 32 y 33, acerca de la solicitud del primero para obtener una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por pensar que no eran retribuidas al tratarse de un falso autónomo, y donde se concluye que el art. 7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o a prácticas nacionales según las cuales un trabajador

el TJUE se limitará a interpretar el art. 7 de la Directiva que, en definitiva, era lo solicitado por el órgano jurisdiccional remitente, señalando que en virtud de la jurisprudencia del *Bundesarbeitsgericht*, cuando la relación laboral concluye por el fallecimiento del trabajador no nace un derecho a una compensación financiera por las vacaciones anuales no disfrutadas. El TJUE resuelve el conflicto aludiendo exclusivamente a la Directiva en cuestión afirmando que "el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normativas o prácticas nacionales, como las controvertidas en el litigio principal, que establecen que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas se extingue sin dar derecho a una compensación financiera por las vacaciones no disfrutadas, cuando la relación laboral llega a su fin por el fallecimiento del trabajador", sin que pueda "supeditarse a una solicitud previa del interesado" el derecho a dicha compensación. Sin referencia alguna a la Carta, ni a la aplicación directa de la misma en caso de que no sea posible una interpretación conforme, ni abordando en el cuerpo de la sentencia las particularidades de la interpretación de una Directiva en el ámbito de los litigios entre particulares, aunque pudiera resultar razonable pues parecía que el problema nacional se ceñía exclusivamente a una interpretación jurisprudencial de la normativa aplicable.

Pero *Bollacke* es una sentencia de Sala (primera) pronunciada sin ni siquiera Conclusiones. Y en ella se cuestionaba el ordenamiento alemán y la interpretación que del mismo venía realizando el propio Tribunal Supremo. De ahí que no resulte extraño que, de inmediato, sea el propio Tribunal Supremo alemán el que, inconforme con la solución otorgada, obligue al TJUE a pronunciarse

no puede aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de su relación laboral, derechos a vacaciones anuales retribuidas no ejercidos correspondientes a varios períodos de devengo consecutivos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones, es decir, que el trabajador, en tal caso, podría acumular las vacaciones anuales que no haya podido disfrutar (con su reflejo en la compensación económica cuando se extingue la relación laboral sin haberlas disfrutado).

sin ambages. De este modo, la proclamación de que las vacaciones anuales retribuidas es un *derecho fundamental social directamente aplicable a las relaciones entre particulares dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE*, se produce a consecuencia de dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo laboral alemán (*Bundesarbeitsgericht*) y, como no podía ser de otro modo, se declara en Gran Sala.

En concreto, en la STJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2018, al examinar los asuntos acumulados C569/16 y C570/16, en los procedimientos entre *Stadt Wuppertal y Maria Elisabeth Bauer (C569/16)*, y entre *Volker Willmeroth, como propietario de TWI Technische Wartung und Instandsetzung Volker Willmeroth y Martina Broßonn (C570/16)*, donde el Tribunal alemán lo que planteaba era la conformidad de unas normas alemanas cuya interpretación, a su juicio, impedían el pago de una compensación económica a los herederos del trabajador, al haber concluido la relación laboral por fallecimiento del trabajador sin haberlas disfrutado en el momento del deceso. La sentencia se erige en un inmejorable “caso de laboratorio” ya que al tratarse de dos litigios, uno en el que está implicado un empleador público y, en el otro, un empleador privado, el TJUE encuentra un campo abonado para tal solemne declaración y para despejar dudas sobre la eficacia directa de las vacaciones, derecho de solidaridad -conviene resaltarlo-, en las relaciones entre particulares.

La Sr. Bauer reclamaba a un Ayuntamiento, empleador de su marido, una compensación por vacaciones aún no disfrutadas por su marido en el momento de su fallecimiento. La Sra. Broßonn planteaba similar reclamación por los días de vacaciones no disfrutados por su marido que falleció tras permanecer unos siete meses en situación de incapacidad laboral por enfermedad. En la medida en que en la sentencia de 12 de junio de 2014, *Bollacke (C118/13)*, el TJUE ya había afirmado que el artículo 7 de la Directiva 2003/88 debía interpretarse en el sentido de que se opone a normativas o prácticas nacionales que establecen que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue sin dar derecho a una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas cuando

la relación laboral llega a su fin por fallecimiento del trabajador, el órgano remitente se preguntaba si tal conclusión se puede aplicar cuando el Derecho nacional “excluye que tal compensación económica pueda formar parte del caudal hereditario”. Considera, además, que la interpretación sistemática de las normas aplicables (art.7.4 del BUrlG, en relación con el art. 1922.1 del BGB), produce la consecuencia de que el derecho a vacaciones anuales retribuidas del trabajador se extingue en el momento de su fallecimiento, de suerte que no puede devenir un derecho a una compensación económica ni formar parte del caudal hereditario y que, cualquier otra interpretación de las citadas disposiciones, sería *contra legem* y, por tanto, no podría ser aceptada. Cuestión ésta omitida por el órgano remitente en el inicial caso *Bollancke*.

Ante la duda de que en casos de fallecimiento pueda cumplirse la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas, consistente en permitir al trabajador reponerse de la fatiga y disfrutar de un período de ocio y esparcimiento, el TJUE recuerda la doble vertiente del derecho en juego. De un lado, garantizar que el trabajador pueda disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su salud y seguridad, disfrutando de las vacaciones y manteniendo durante ellas la retribución ordinaria, disponiendo de un período de ocio y esparcimiento (ap. 40-42). Pero también, de otro lado, y sólo cuando ha finalizado la relación laboral y ya no resulta posible el disfrute efectivo de las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho el trabajador, recuerda que el art. 7.2 de la Directiva otorga el derecho al trabajador a una compensación económica por los días de vacaciones anuales no disfrutados para evitar que, como consecuencia de esa imposibilidad, se vea privado de disfrutar el mencionado derecho, incluso en forma pecuniaria (ap. 43); derecho de compensación económica no sometido a condición alguna, salvo la de la extinción de la relación laboral y la de que el trabajador no haya disfrutado todas las vacaciones anuales a las que tenía derecho en la fecha en que se extinguió dicha relación, siendo irrelevante la causa de la extinción de la relación laboral.

Reconoce el Tribunal que el óbito del trabajador produce la inevitable consecuencia de

que éste ya no puede efectivamente disfrutar del período de descanso y ocio inherente al derecho a vacaciones anuales retribuidas que le correspondían en el momento del fallecimiento. Pero recuerda que no cabe admitir que tal circunstancia conlleve la pérdida total retroactiva de ese derecho adquirido en tanto comprensiva de una segunda vertiente, el derecho a percibir una retribución, igual de importante (ap. 46), al que se tiene derecho incluso en el momento de su jubilación (con cita de *Maschek*, C341/15). Vertiente económica del derecho que tiene un “carácter estrictamente patrimonial y, como tal, por tanto, está destinado a ingresar en el patrimonio del interesado, de suerte que el fallecimiento de este último no puede privar con efectos retroactivos a dicho patrimonio ni, en consecuencia, a las personas a las que debe transmitirse *mortis causa* del disfrute efectivo de la mencionada vertiente patrimonial del derecho a vacaciones anuales retribuidas” (ap. 48).

Para dar el salto argumental, el TJUE insiste en la importancia de las vacaciones como principio del Derecho social de la Unión, “también está expresamente reconocido en el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados” (ap. 51), así como que los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados “en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión” (ap. 52). Tras considerar que los litigios sometidos a su consideración están dentro del ámbito del DUE, en tanto la normativa nacional controvertida “constituye la ejecución de la Directiva 2003/88” declara que el art. 31.2 de la Carta es aplicable en los asuntos en cuestión (ap. 53).

A partir de aquí, comienza a diseccionar el tenor literal de la disposición de la Carta para comprobar su *estructura* y decidir si puede calificarse en sentido estricto de derecho o si, por el contrario, debe aplicarse la doctrina AMS considerándolo un principio, por mucho que sea especialmente importante, pero tan sólo informador como ocurrió con el art. 27 de la Carta en el asunto referido. A este respecto declara que la disposición reconoce

el “derecho” de todo trabajador a un «período de vacaciones anuales retribuidas» (ap. 54) y que, teniendo en cuenta las Explicaciones relativas a dicho precepto, de conformidad con los arts. 6.1 TFUE y art. 52.7 de la Carta, dicho derecho se basa en la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo, en el art. 2 de la Carta Social Europea y en el punto 8 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989. Considera el TJUE por tanto que el periodo de vacaciones anuales retribuidas al que alude *la Carta debe asimilarse con las vacaciones anuales retribuidas del art. 7.1 de la Directiva 2003/88* (ap. 57) de modo que los EM sólo pueden establecer limitaciones a este derecho si se respetan “los estrictos requisitos” previstos en el artículo 52.1 de la Carta y, en particular, el contenido esencial de ese derecho. Por tanto, “los Estados miembros no pueden establecer excepciones al principio que se deriva del artículo 7 de la Directiva 2003/88, leído a la luz del artículo 31.2 de la Carta, según el cual un derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido no puede extinguirse a la conclusión del período de devengo o de un período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional cuando el trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones” (ap. 59, con cita de *King*, C214/16) ni pueden lícitamente adoptar una normativa con arreglo a la cual el fallecimiento del trabajador determine, con efectos retroactivos, la extinción de los derechos relativos a las vacaciones anuales retribuidas que adquirió antes de su deceso y, consecuentemente, la imposibilidad de que sus herederos perciban la compensación económica sustitutoria, como vertiente patrimonial constitutiva de esos derechos (ap. 61). En definitiva, el derecho del interesado a una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas es transmisible *mortis causa* a sus herederos (ap. 62).

Alcanzada la interpretación del precepto, abordará (ap. 65 ss.) si debe excluirse la norma nacional en un litigio entre particulares. A este respecto reiterará su conocida doctrina relativa a que la inaplicación de la norma interna tan sólo se plantea cuando no es posible una interpretación conforme de tal disposición a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, que debe ser perseguida tomando en consideración la totalidad de su Derecho

interno y modificando, incluso, de ser necesario, su jurisprudencia cuando está basada en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva. Recuerda el efecto directo del art. 7 de la Directiva 2003/88, incondicional y suficientemente preciso, por lo que puede ser invocado por un particular contra el Estado que no haya adaptado el Derecho nacional o realice una adaptación incorrecta, con independencia de cuál sea la condición en que actúa, ya sea como empleador o como autoridad pública, a fin de evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho de la Unión. Y por lo que se refiere al art. 7.2 de la Directiva, el TJUE declara que para que nazca el reconocimiento del derecho a una compensación económica el precepto exige únicamente que haya concluido la relación laboral y que el trabajador no haya disfrutado todas las vacaciones anuales que le correspondían en dicha fecha, concediendo directamente tal derecho, por lo que también produce efecto directo (ap. 73). Siendo estos elementos comunes, procede a examinar los aspectos que se tornan diferentes según que el empleador sea público o privado.

En el caso de la Sra. Bauer, como su marido trabajaba para un Ayuntamiento, si el órgano judicial no ve posible interpretar la normativa nacional en un sentido conforme con lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2003/88 y el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales, debe dejar inaplicada dicha normativa nacional y velar por que se conceda al heredero de un trabajador fallecido una compensación económica, a cargo del empresario, por las vacaciones anuales retribuidas devengadas en virtud de aquellas disposiciones y no disfrutadas por el trabajador con anterioridad a su fallecimiento. El precepto de la Directiva sería suficiente en tal caso, en definitiva, aunque lo sea a la luz de la Carta de DDFUE, para imponer la exclusión de la norma nacional incompatible.

Pero en el caso de la Sra. Broßonn, como heredera de su difunto marido, que trabajaba en una empresa privada, el TJUE volverá a recordar el mantra de la imposibilidad de reconocer efectos horizontales de las disposiciones de una Directiva, por mucho que otorguen un derecho de modo claro e incondicional, en

tanto las Directivas no pueden crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocadas en su contra porque ello “equivaldría a reconocer a la Unión Europea la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando únicamente tiene dicha competencia en los casos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos” (ap. 76).

Sobre dicha base, el mantra continúa respecto de la naturaleza de principio de especial importancia del Derecho social del derecho de vacaciones anuales retribuidas insistiendo en que su fundamento se extrae de “los instrumentos elaborados por los Estados miembros a escala de la Unión, como en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores” y de los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, destacando entre ellos “la Carta Social Europea, de la que son partes todos los Estados miembros, por haberse adherido a ella en su versión original, en su versión revisada o en ambas, también mencionada en el artículo 151 TFUE”, o el Convenio nº 132 OIT, de 24 de junio de 1970, sobre las vacaciones anuales pagadas “que debe tenerse en cuenta en virtud del considerando 6 de la Directiva 2003/88”.

Y el TJUE concluye aplicando la doctrina *Mangold* al derecho de vacaciones señalando que, en definitiva, el derecho a vacaciones anuales retribuidas no lo ha establecido “ni el artículo 7 de la Directiva 93/104, ni el artículo 7 de la Directiva 2003/88”, sino que su origen “se encuentra en diversos instrumentos internacionales y reviste, como principio *fundamental* del Derecho social de la Unión, carácter *imperativo*” (ap. 87, el subrayado es propio) *al no hacer referencia a los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales*, a diferencia de lo que ocurría con el artículo 27 de la Carta, que dio lugar a la sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale* (C176/12). No se puede dejar de destacar aquí la importancia que reviste que, para el TJUE, sea la literal dicción de la Carta el referente para determinar su naturaleza y no así la Directiva, en tanto conviene recordar que la dicción literal del art. 7.1 de esta última declara expresamente que los EM adopten

medidas para que todos los trabajadores dispongan de vacaciones anuales retribuidas de al menos 4 semanas “de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales”, lo que podría haber obstaculizado la conclusión alcanzada.

Por ello el TJUE concluye que el derecho reconocido a todo trabajador por el art. 31.2 de la Carta de DF “se caracteriza porque su existencia ha sido establecida de forma imperativa y a la vez incondicional, por cuanto, efectivamente, no requiere ser concretado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional, las cuales únicamente deberán precisar la duración exacta de las vacaciones anuales y, en su caso, ciertos requisitos para el ejercicio del derecho”. Dicho derecho, en consecuencia, “puede ser invocado como tal en un litigio con su empresario relativo a una situación cubierta por el Derecho de la Unión y comprendida, por tanto, en el ámbito de aplicación de la Carta”. Y aquí es donde, como vemos, radica la fundamental conclusión alcanzada. Es decir, en caso de ser imposible interpretar la normativa nacional “en un sentido conforme con el artículo 31, apartado 2, de la Carta, el órgano jurisdiccional remitente deberá, en una situación como la del litigio principal, asegurar, en el marco de sus competencias, la protección jurídica que resulta de dicha disposición y garantizar su pleno efecto dejando inaplicada, en su caso, la normativa nacional en cuestión”.

Contiene esta importante Sentencia otra importante aportación, al menos para la trascendental dogmática comunitaria, al despejar expresamente las dudas en torno a los sujetos obligados por la Carta¹², descartando el TJUE que el art. 51 de la Carta excluya a los particulares del ámbito de los obligados a cumplir sus disposiciones (en línea con lo ya manifestado por el AG Cruz en las Conclusiones a AMS y repetirá después el TJUE en los ap. 76

¹² Sobre dichas dudas, me permito remitir a mi ponencia NOGUEIRA GUASTAVINO M., “La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: una lectura social de sus disposiciones generales, en Balance y perspectivas de la política laboral y social europea. XXVII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (Cinca), 2017, y a la bibliografía allí citada.

ss. del asunto *Max Planck*), entre otras cosas, porque en materia de vacaciones el art. 31.2 de la Carta “el derecho de todo trabajador a los períodos de vacaciones anuales retribuidas implica, por su propia naturaleza, una obligación correlativa a cargo del empresario, a saber, conceder tales períodos de vacaciones retribuidas” (ap. 90).

En definitiva, o bien por la aplicación directa de la Directiva al empleador público, a la luz de la Carta, como en el caso de la Sra. Bauer, o en virtud directamente del art. 31.2 de la Carta cuando el empresario es un particular (aplicación horizontal de los derechos de la Carta de DDFFG UE), como era el caso de la Sra. Broßonn, los órganos nacionales deberán proceder a la exclusión de la norma nacional contraria al derecho reconocido en el DUE si no cabe una interpretación conforme. *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE es, así pues, directamente aplicable a las relaciones entre privados*, confirmando en el ámbito laboral lo que ya había proclamado con carácter general al hilo del principio de no discriminación por razón de religión o convicciones en los asuntos *Egenberger* (C-414/16) y *Cresco Investigation* (C-193/17).

En la misma fecha de la Sentencia *Bauer y Broßonn*, el TJUE dictará dos sentencias más sobre vacaciones. Aunque con supuestos fácticos muy diferentes, sus interconexiones son evidentes. Básicamente el tema en ambos casos es el de si un trabajador puede acumular vacaciones no disfrutadas durante años y pedir posteriormente la compensación económica cuando la relación laboral llega a su fin.

En uno de los casos examinados (*Kreuziger v. Land Berlin*, C-619/16, de 6 de noviembre), el trabajador en realidad no tomó vacaciones porque no las solicitó al estar en una situación de cierta precariedad al tratarse de un “jurista en prácticas” que se preparaba para ejercitar una profesión jurídica en Berlín en el marco de un “programa de formación de Derecho público”, pero sin estar sometido a la normativa de la función pública. Superado el examen de Estado, las prácticas llegaron a su fin y, al no recibir la compensación por vacaciones tras la extinción, las reclamó, lo que le fue denegado por no preverse en la normati-

va de prácticas dicha compensación, sino su obligatorio disfrute, esto es, porque o se consumen, o caducan.

Por su parte, en el asunto *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften contra Tetsuji Shimizu* (STJUE de 6 de noviembre de 2018, C-684/167), el trabajador llevaba 12 años vinculado a este reconocido instituto en virtud de varios contratos de duración determinada regulados por la legislación aplicable y el convenio colectivo de la función pública, fue invitado por carta en octubre de 2013 a disfrutar de sus vacaciones antes de que se extinguiera la relación laboral, aunque sin imponerle los días de vacaciones. Ante el requerimiento el Sr. Shimizu tomó dos días de vacaciones, uno en noviembre y otro en diciembre. Tras finalizar su contrato, solicita al Instituto una compensación por 51 días de vacaciones no disfrutadas.

Los razonamientos del TJUE son similares en ambos casos, así como los reforzados deberes impuestos a los empleadores a partir de la consideración de las vacaciones como derecho fundamental de la UE.

En las dos sentencias se reitera la teoría general sobre el derecho a unas vacaciones anuales retribuidas (eficacia directa del art. 7 de la Directiva, tanto en relación con su disfrute, como en su otra vertiente, de compensación cuando no se hayan disfrutado, pudiéndose alegar frente al Estado en cualquiera de sus formas, pero no frente a un particular), y se destaca la importancia de su naturaleza de derecho fundamental (interpretación no restrictiva, límites a su restricción y respeto al contenido esencial) como vía para crear obligaciones a cargo de un particular (como consecuencia de su estructura en la propia Carta de DDFU UE, a diferencia de la presentada por el derecho de información de los representantes contenido en el art. 27 -ap. 74 *Max Planck*¹³-).

¹³ Mientras que el art. 27 de la Carta, que dio lugar a la sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale* (C176/12), expresamente condiciona el derecho a "los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales", el art. 31.2 de la misma carta "sienta un principio fundamental del Derecho

Junto a ello, los supuestos fácticos de ambas sentencias y las cuestiones prejudiciales planteadas dan pie al TJUE para precisar deberes empresariales en esta materia desconocidos hasta el momento, con fundamento expreso en la asimetría de la relación vertical que supone la relación laboral y la posición de debilidad del trabajador que podría disuadirle de su disfrute efectivo. En apretada síntesis, el TJUE:

- Rechaza que una norma nacional pueda establecer que se pierde el derecho a vacaciones si no se ha solicitado disfrutarlas durante la relación laboral y, en consecuencia, no prevea el pago de una compensación económica por las no disfrutadas en el momento de la extinción (ap. 61 *Max Planck*).
- Establece la obligación empresarial de información adecuada a sus trabajadores sobre el derecho al efectivo ejercicio de su derecho a vacaciones anuales antes de la extinción del contrato para garantizar el efecto útil del art. 7 de la Directiva: "el empresario debe, en particular, velar de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales pagadas incidiéndole, en su caso formalmente, a hacerlo, e informarle de manera precisa y oportuna para asegurar que tales vacaciones sigan pudiendo garantizar al interesado el descanso y el ocio a los que pretenden contribuir, de manera que, si no las toma, se perderán al término del período de devengo o de un período de prórroga, o al extinguirse la relación laboral, cuando la extinción tiene lugar durante ese período" (ap. 52 *Kreuziger*).
- Es al empresario a quien recae la carga de la prueba de que ha actuado con la di-

social de la Unión que solo admite excepciones si se cumplen estrictamente los requisitos del artículo 52, apartado 1, de la Carta y, en particular, si se respeta el contenido esencial del derecho fundamental a las vacaciones anuales retribuidas" (ap. 73)-, su reconocimiento en instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes) a pesar de su peculiar estructura en tanto no requiere ser concretado por los EM quienes únicamente lo que pueden precisar es la duración exacta de las mismas y, en algún caso, ciertos requisitos para su ejercicio.

ligencia necesaria para que el trabajador pudiera efectivamente tomar las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho (ap. 53 *Kreuziger*) de modo que, si acredita que “el trabajador se abstuvo, deliberadamente y con pleno conocimiento de causa en cuanto a las consecuencias que podrían derivarse de su abstención” (ap. 54 *Kreuziger*) nada impide que el trabajador entonces pierda su derecho y, en caso de extinción de la relación laboral, la consiguiente falta de compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas.

- Rechazo absoluto a una estrategia deliberada del trabajador de aumentar la compensación económica en detrimento del disfrute efectivo: “cualquier interpretación del artículo 7 de la Directiva 2003/88 que pueda incitar al trabajador a abstenerse deliberadamente de disfrutar sus vacaciones anuales retribuidas durante el período de devengo o de prórroga autorizado aplicables, con el fin de aumentar su remuneración con motivo de la extinción de la relación laboral, es incompatible con los objetivos que persigue el establecimiento del derecho a vacaciones anuales retribuidas” (ap. 55 *Kreuziger*).
- Inaplicación de la norma nacional contraria al derecho de vacaciones anuales retribuidas también en el marco de un litigio entre un trabajador y su antiguo empresario que tiene la condición de particular y derecho del trabajador a percibir del empresario una compensación económica por las vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas en el momento de la extinción de la relación laboral (ap. 62 ss. *Max Plack*).

En definitiva, el tribunal nacional debe inaplicar la norma nacional y el trabajador debe percibir del empresario, en su condición incluso de particular, una compensación económica por las vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas en el momento de la extinción de la relación laboral. Deberán los tribunales nacionales, no obstante, examinar los hechos probados para determinar si las obligaciones positivas del empleador se han cumplido a los efectos de determinar si, en tal

caso, el trabajador tiene o no derecho a percibir dicha compensación.

El razonamiento seguirá en sentencias posteriores. Dejando al margen el interesante asunto *DICU* (STJUE de 4 de octubre de 2018, C-12/17) en el que se precisa la diferente repercusión en materia de vacaciones del permiso parental respecto de otros permisos como el de enfermedad o maternidad, por tratarse de una magistrada de un tribunal de distrito quien cuestionaba que no se considerara dicho permiso como período de trabajo efectivo, por tratarse de una relación vertical, el siguiente litigio entre privados se verá en el caso *Hein* (STJUE de 13 de diciembre de 2018, C385/17), en el contexto de un litigio entre *Torsten Hein y Albert Holzkamm GmbH & Co. KG*, en relación con el cálculo de la remuneración por vacaciones a la que tiene derecho el Sr. Hein en concepto de sus vacaciones anuales retribuidas. En este asunto el TJUE vuelve a que el art. 31.2 de la Carta en combinación con el art. 7 de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo, es directamente aplicable de modo horizontal cuando sólo cabe una interpretación de la normativa nacional *contra legem*. En el caso concreto, una norma nacional que, a efectos de calcular la remuneración por vacaciones, permitía establecer mediante convenio colectivo disminuciones salariales derivadas del hecho de que, en el período de referencia, no se hubiera realizado ningún trabajo efectivo durante determinados días debido a una reducción del tiempo de trabajo por causas empresariales y que, como consecuencia, provocaba que el trabajador percibiera, durante las vacaciones mínimas conferidas por el art. 7 de la Directiva, una remuneración por vacaciones inferior a la retribución ordinaria que percibe durante los períodos de trabajo efectivo. Aunque el TJUE precisa, no obstante, que dicha disposición no obliga a interpretar la normativa nacional en el sentido de que confiera un derecho a una prima adicional por vacaciones que venga a sumarse a esta retribución ordinaria media, ni que, en general, deban tenerse en cuenta la retribución percibida por las horas extraordinarias.

De máximo interés en este caso es también el hecho de que se aborden las condiciones que permitirían limitar los efectos en el tiempo de las sentencias del TJUE (ap. 55 ss.), re-

chazando el Tribunal que, en el presente caso, concurra un riesgo de repercusiones económicas graves debidas, en particular, al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y fuera patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión. Igualmente, la sentencia aborda la imprescindible cuestión de si el Derecho de la Unión permite que los órganos jurisdiccionales nacionales protejan, sobre la base del Derecho nacional, la confianza legítima de los empresarios en cuanto al mantenimiento de la jurisprudencia de las más altas instancias jurisdiccionales nacionales que ha confirmado la legalidad de las disposiciones del Convenio colectivo de la construcción en materia de vacaciones retribuidas, declarando que dicha protección se opone al Derecho de la Unión.

ALGUNOS INTERROGANTES RESUELTOS Y SU REPERCUSIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Los últimos asuntos resuelven algunos interrogantes existentes hasta la fecha:

- a) El art. 51 no excluye del ámbito de la Carta de los DDFD de la UE a los particulares quienes también pueden estar vinculados a algunos de los derechos contenidos en la Carta.
 - b) La naturaleza jurídica de esa particular categoría que venía denominando el TJUE principios *de especial importancia* del Derecho social de la UE, resulta que era equiparable a la de los principios generales de la UE y que ahora, tras la Carta, han quedado subsumidos como derechos fundamentales cuando coinciden en su contenido y alcance. Esto es: a) ese principio de especial importancia no es un principio informador o rector a los efectos del art. 52.5 de la Carta; b) se confirma la absorción por
- c) Ratificación de las posiciones¹⁴ que diferenciaban entre principios generales de la UE y principios informadores necesitados de desarrollo contenidos en la Carta.
 - d) Delimitación de los caracteres para que un derecho tenga eficacia horizontal directa entre particulares e importancia trascendental de la dicción del derecho contenida en la Carta y no así de la literalidad del precepto afectado de la Directiva.

Pero junto a esas conclusiones, a mi juicio, de la lectura de estas sentencias se deriva otra derivada y menos evidente, pero de máxima y novedosa trascendencia. Se trata de la inversión de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la UE. Mientras que hasta el momento, la imposible aplicación de los derechos contenidos en Directivas a los trabajadores con empleadores privados, llevaba a los trabajadores a un vía crucis para lograr la satisfacción indemnizatoria derivada del incumplimiento o inadecuado cumplimiento del Derecho de la UE por parte del Estado incumplidor, ahora esa enorme carga burocrática y judicial recaerá sobre el empresario. La aplicación del derecho fundamental y el pago, en su caso, de compensaciones por no haberse disfrutado antes de la extinción de la relación laboral, permitirá al empresario cuya norma nacional resulte contraria al art. 31.2 de la Carta, acudir a las vías internas establecidas para resarcirse del daño asumido, aunque no directamente causado¹⁵.

¹⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO M., "La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: una lectura social de sus disposiciones generales, en Balance y perspectivas de la política laboral y social europea", *op. cit.*

¹⁵ Sobre el sistema de responsabilidad por incumplimiento del DUE y las dudas de adecuación del sistema español a los propios parámetros comunitarios, puede verse NOGUEIRA GUASTAVINO M.; "La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento", en AA.VV. *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid: Francis Lefebvre, 2018, pp. 91-121, así como la doctrina especializada ahí citada, en especial, COBREROS MENDAZONA, E. Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, *Iustel*, 2015, GONZÁLEZ ALONSO, A. "La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho

Finalmente, poner de relieve las dudas que estas sentencias provocan en cuanto a su extrapolación a otros casos como el de Diego Porras y el derecho a no discriminación entre contratados indefinidos y de duración determinada en relación con la indemnización por despido, al considerar el TJUE que el no establecimiento de diferencias entre contratos fijos y de duración determinada constituye un principio de derecho social (*Diego Porras I*, ap. 27). Semejante debate pretendía solventarse con la cuestión prejudicial de Galicia en el caso *Norte Facility* y que se vio frustrada en su respuesta por negar ahora el TJUE que hubiera vulneración del DUE en cuestión. Donde dije Diego ya no lo digo como demostró expresamente *Diego Porras II*.

Habrà que esperar de momento para obtener una respuesta del TJUE que determine si el principio de igualdad y no discriminación por razón de contrato es un principio de especial importancia y fundamental, o no le importa fundamentalmente a nadie y resulta un principio meramente informador. El hecho de que en *Diego Porras I* se dijera que este principio “no puede ser interpretado

de manera restrictiva” apuntaba a su posible homologación con el hasta ahora principio de especial importancia que suponía el derecho a vacaciones. Las dudas se mantienen básicamente porque no hay un derecho así reconocido de modo general en los instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes. Pero tampoco existía dicho reconocimiento general en la discriminación por razón de la edad y sobre este derecho se cimentó la teoría *Mangold*. De momento, a esperar un futuro pronunciamiento para verificar la transformación o no del gusano en mariposa también en esta materia.

En fin, una nueva era social, impulsada probablemente por los vientos del pilar social europeo, parece acompañar la amenaza del Brexit y de los movimientos populistas. Esperemos que no haga falta tantos años para avanzar en más declaraciones sobre la eficacia de derechos sociales de solidaridad en el marco de las relaciones entre particulares. Lo que está claro es que, una vez más, la construcción de la *Drittwirkung*, ahora en el nivel europeo, vuelve a gestarse y a germinar en el ámbito social.

Europeo o la Constitución; un análisis comparativo”, en REDC, nº. 106, 2016, págs. 381-429, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D. “La aplicación del Derecho Europeo en tiempos de crisis”, en WP IDEIR nº 13, 2012. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), págs. 10-14.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

IV. Documentación e Informes

La actividad de la Unión Europea en el ámbito del empleo y la política social durante el año 2017

The activity of the European Union on employment and social policies in the year 2017

MIGUEL COLINA ROBLEDO*

SUMARIO: INTRODUCCION. 1. EL MARCO DE REFERENCIA. 1.1. El programa de trabajo de la Comisión Europea 2017. 1.2. El programa de trabajo de las presidencias del Consejo 2017. 2. EL SEMESTRE EUROPEO 2017: LA MEJORA DEL ACCESO AL MERCADO LABORAL Y LA REDUCCIÓN DE LAS DIVERGENCIAS EN LA UNION EUROPEA. 2.1. El Estudio Prospectivo anual sobre el Crecimiento 2017. 2.2. El Informe Conjunto sobre el empleo 2017. 2.3. Las recomendaciones del Consejo sobre el PNR y el dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España 2017. 2.4. La evaluación de las recomendaciones específicas por país 2017 y sobre la aplicación de las de 2016. 2.5. La evaluación del séptimo Semestre Europeo: Los Indicadores de resultados en materia de Empleo (IRE) y en materia de Protección social (IRPS) 2017. 2.6. Los aspectos sociales y de empleo de la Recomendación sobre la política económica de la eurozona. 3. EL EMPLEO EN LA UNION EUROPEA EN 2017. 3.1. El alcance y la importancia de las políticas de la UE sobre el desempleo juvenil. 3.2. El Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente. 3.3. La estrategia para la rentabilidad del trabajo. 3.4. La mejora de las capacidades de mujeres y hombres en el mercado de trabajo de la UE. 3.5. El futuro del trabajo: facilitar la digitalización. 3.6. La integración profesional de los refugiados. 4. LAS RELACIONES LABORALES Y LAS CONDICIONES DE TRABAJO. 4.1. El Pilar Europeo de Derechos Sociales. 4.2. El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. 4.3. La protección de los trabajadores frente a la exposición a carcinógenos y mutágenos durante el trabajo. 4.4. La mejora de las condiciones de trabajo de la gente de mar. 5. LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR OTRAS CIRCUNSTANCIAS. 5.1. La mejora del equilibrio de género entre los administradores de las empresas cotizadas en bolsa. 5.2. La igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 5.3. La conciliación de la vida profesional y familiar de los progenitores y de los cuidadores. 5.4. El refuerzo de las medidas para reducir la segregación horizontal de género en la educación y el empleo. 6. LA SEGURIDAD SOCIAL, LA PROTECCIÓN SOCIAL Y LA POLÍTICA SOCIAL. 6.1. La modificación del Reglamento de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. 6.2. Accesibilidad de las personas con discapacidad a los productos y servicios. 6.3. La mejora de la asistencia y la ayuda de proximidad para la vida independiente. 7. CONCLUSIONES DEL CONSEJO EUROPEO Y DE LA CUMBRE SOCIAL TRIPARTITA EN 2017.

* Ex-Vocal Asesor Secretaría General Técnica del anterior Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

0. INTRODUCCIÓN

Este trabajo recoge la crónica de las actividades de la UE, singularmente del Consejo, en el ámbito del empleo y la política social, durante 2017, año de la conmemoración del sexagésimo aniversario de los Tratados de Roma y de la proclamación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, como acontecimientos más relevantes desde la perspectiva de la dimensión social de la Unión, centradas, a partir de los programas de trabajo de la Comisión y de los Estados miembros, Malta y Estonia, que en este año ejercieron la Presidencia de esta institución en su formación de Ministros de Empleo y Asuntos Sociales (EPSSCO), en: el desarrollo del séptimo Semestre Europeo para la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020 en materia de empleo y protección social; en el ámbito específico del empleo, en el alcance y la importancia de las políticas de la UE sobre el desempleo juvenil, el Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente, una estrategia para la rentabilidad del trabajo, la mejora de las capacidades de las mujeres y los hombres en el mercado de trabajo, el futuro del trabajo en la óptica de facilitar la digitalización, y la integración profesional de los refugiados; en materia de relaciones laborales y condiciones de trabajo, además de la conclusión del proceso de proclamación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, en el desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios, y en la mejora de la protección frente a la exposición a carcinógenos y mutágenos durante el trabajo y de las condiciones de trabajo de la gente de mar; en el capítulo de la igualdad de trato entre mujeres y hombres y la no discriminación por otras circunstancias, en los resultados de los trabajos para la adopción de las directivas sobre la mejora del equilibrio de género entre los administradores de las empresas cotizadas y la igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, la conciliación de la vida profesional y familiar de los progenitores y cuidadores, y la reducción de la segregación horizontal de género en la educación y el empleo; y en los temas de la Seguridad Social, la protección social y la política social, en la modificación del Reglamento de coordinación de

los sistemas de Seguridad Social, la accesibilidad a los productos y servicios de las personas con discapacidad, y la asistencia y la ayuda de proximidad para la vida independiente.

1. EL MARCO DE REFERENCIA

1.1. El programa de trabajo de la Comisión de la Unión Europea 2017

Para afrontar las consecuencias de los desafíos (una recuperación económica incipiente que se debe traducir en la creación de empleo para los jóvenes y en la reducción de la desigualdad, y unos flujos migratorios que representan un reto para la capacidad de la Unión de aportar soluciones, entre otros) a los que siguen enfrentándose los ciudadanos de la UE, y buscar respuestas a través de los medios que les permitan crear un futuro sostenible para ellos y sus familias, en el marco de su contribución al proceso de renovación con vistas al sexagésimo aniversario de los Tratados de Roma en marzo de 2017, la Comisión en su programa de trabajo para este año, bajo el lema “ Realizar una Europa que proteja, capacite y vele por la seguridad“, se propuso prestar especial atención al aspecto operativo de su trabajo, garantizando que la legislación europea vigente se aplique y se cumpla, colaborando con los Estados miembros, los interlocutores sociales y la sociedad civil, para ayudar a crear un entorno favorable al logro de los objetivos políticos de la Unión, utilizando los medios presupuestarios disponibles y aplicando los principios de mejora de la legislación, evaluando la adecuación y eficacia de la reglamentación para actualizar y mejorar la legislación vigente, y trabajar en el marco de las prioridades fijadas en las orientaciones políticas presentadas al inicio del mandato de la Comisión, entre ellas las referidas a:

- un nuevo impulso al empleo, el crecimiento y la inversión, de manera que Europa proteja nuestro modo de vida y capacite a nuestros jóvenes, creando las mejores condiciones para que desarrollen las competencias necesarias y participen activamente en el mercado laboral y en la sociedad, a través de la Iniciativa Juvenil y de la aplicación de la Nueva Agenda de Cualificaciones para Euro-

pa y del fortalecimiento de la Garantía Juvenil (GJ) y de la Iniciativa de Empleo Juvenil (IEJ) como instrumentos para invertir en los jóvenes, en sus habilidades y los primeros pasos de su carrera profesional; duplique la duración y la capacidad financiera del Fondo Europeo para las Inversiones Estratégicas (FEIE); ayude a crear nuevas empresas y empleos, abordando los retos sociales y mejorando la vida de las personas; trabaje para cumplir los objetivos de desarrollo sostenible, teniendo en cuenta el potencial innovador, de crecimiento y empleo de la economía circular; y prosiga con las medidas que deben adoptar los Estados miembros en el marco del Semestre Europeo 2017;

- y a una Unión Económica y Monetaria (UEM) más profunda y más justa, que haga posible que Europa proteja nuestras economías y garantice un contexto equitativo para los trabajadores y las empresas, atendiendo especialmente a la promoción de la convergencia social y al refuerzo de la dimensión social de la integración europea, para lo que prevé proponer un Pilar Europeo de Derechos Sociales que establezca un marco de principios de una Unión basada en la justicia social que fomente la competencia leal en una economía social de mercado europea y proporcione una orientación con vistas a unos mercados laborales equitativos y dinámicos y a unos sistemas de protección social sostenibles, que funcionen correctamente y reflejen las actuales necesidades cambiantes; todo ello acompañado de iniciativas sobre el equilibrio entre la vida profesional y familiar para afrontar los retos a los que se enfrentan las familias trabajadoras.

Por otra parte, la Declaración conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión de la UE sobre las prioridades legislativas de la Unión para 2017 (DOUE, C484, de 24.12.1016), como respuesta a los múltiples retos mundiales, económicos, medioambientales y sociales, en el marco del Acuerdo interinstitucional sobre la mejora de la legislación, de 13.04.2016, contiene las referidas al ámbito de lo social, que conforman el programa de trabajo de la Comisión en esta materia para 2017, centrado en: dar un nuevo impulso al empleo, el crecimiento y la inversión, en especial duplicando y reforzando el Fondo Europeo para las Inversiones Estratégicas (FEIE 2.0); y abordar la

dimensión social de la Unión, en especial mediante el fortalecimiento de la IEJ, la mejora de la coordinación de la Seguridad Social, el Acta Europea de Accesibilidad y la creación de un Cuerpo Europeo de Solidaridad.

1.2. El programa de trabajo de las presidencias del Consejo para 2017

Para la Presidencia maltesa del Consejo durante el primer semestre de 2017 el tema del crecimiento y el empleo continuó siendo la prioridad principal, con atención especial al FEIE, a su extensión en el tiempo y a su capacidad financiera, a fin de ayudar a movilizar la inversión privada utilizando inteligentemente los escasos recursos presupuestarios, además de, en el ámbito de la inclusión social, en consulta con los interlocutores sociales, la sociedad civil y los ciudadanos, continuar abordando las cuestiones relacionadas con la igualdad de género, para mejorar la participación de la mujer en el mercado laboral, con atención particular al equilibrio de género entre los directivos de las empresas cotizadas y a la lucha contra la violencia contra las mujeres, y los derechos de las minorías y los grupos vulnerables.

El programa de trabajo del trío de presidencias (Estonia, Bulgaria y Austria), para el periodo comprendido entre el 1.07.2017 y el 31.12.2018, bajo el lema “impulsar la Agenda Estratégica” planteó encontrar soluciones comunes para construir un futuro común, mejorar la comunicación con los ciudadanos y su participación, concentrándose en sus expectativas en relación con el empleo, el crecimiento y la seguridad, para afrontar los desafíos comunes, reforzar la confianza de los ciudadanos en la UE, acercándola a ellos, y simplificar la vida y la actividad empresarial con resultados tangibles, respetando los principios del Programa de Mejora de la Legislación, e impulsar el debate sobre el futuro de la UE con 27 miembros a partir de la Declaración de Roma.

En relación con el objetivo prioritario de avanzar hacia una Unión de empleo, crecimiento y competitividad, ante la recuperación progresiva de la crisis, el crecimiento moderado y la lenta disminución del desempleo, las incertidumbres de la globalización y el cambio tecnológico, se planteó que la UE debería saber adaptarse a las nuevas circunstancias,

conservar la forma de vida europea, aportar progreso económico y social para todos, y fomentar la inversión pública y privada, actuando respecto del mercado único para concluir los trabajos sobre las distintas iniciativas y acciones del mercado único digital, que creará empleo y fomentará la competitividad de la UE; respecto del espíritu empresarial y la creación de empleo, la prioridad a la inversión en capital humano, la educación y las competencias, promoviendo un clima de emprendimiento y creación de empleo, centrándose en: favorecer el espíritu empresarial y apoyar a las pyme y a las empresas emergentes; mejorar las capacidades de todos para mantener un alto nivel de competitividad y productividad en el mercado laboral; y preparar adecuadamente a los jóvenes, ofreciéndoles la mejor educación y formación para que sean activos en el mercado laboral, y garantizar un empleo productivo y de calidad para los ciudadanos europeos; y sobre la inversión en el futuro, colaborar en el proceso presupuestario anual de la UE y en el nuevo marco financiero plurianual posterior a 2020, con inversiones inteligentes en capital humano, y promover las sinergias, la congruencia y la coherencia dentro de los Fondos Estructurales y de Inversión europeos entre sí, con especial atención a la inversión en crecimiento y empleo.

En cuanto al objetivo de una Unión que empodere y proteja a todos los ciudadanos, el programa de trabajo concede prioridad al desarrollo de la dimensión social, en particular a las propuestas del Pilar Europeo de Derechos Sociales, abordando cuestiones como la igualdad de oportunidades y de género, el acceso a una educación de calidad y al mercado laboral, la movilidad de los trabajadores y unas condiciones de trabajo justas, así como una protección social adecuada y sostenible, fomentando la aplicación de la Declaración y de la Plataforma de Acción de Beijing, y continuando los trabajos sobre el Acta Europea de Accesibilidad a la luz de la aplicación de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, centrándose en: la igualdad de trato y la no discriminación, el fomento de la justicia social, la lucha contra la pobreza y la exclusión social, en especial en la reducción de la pobreza infantil, la promoción de la igualdad de género y la incorporación de la perspectiva de género, y

la accesibilidad; empoderar a los jóvenes y aumentar su participación, impulsando el Cuerpo Europeo de Solidaridad con oportunidades para adquirir experiencias en un entorno de trabajo real para desarrollar competencias; el Pilar Europeo de Derechos Sociales, incluidas las iniciativas sobre la conciliación del trabajo y la familia, la igualdad de trato y de oportunidades, la mejora de la salud y la seguridad en el trabajo, y el acceso a la protección social; la modernización, la equidad y la igualdad en la educación, con atención especial a las capacidades transversales que favorecen el empoderamiento personal y fomentan la cohesión social; actualizar el Reglamento sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social; y modificar la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores para garantizar su protección y la competencia leal.

Con este marco de referencia, el programa de trabajo del Consejo para el segundo semestre de 2017, bajo la Presidencia de Estonia, incluyó como cuestión prioritaria la del logro de una Europa inclusiva y sostenible que ayude a sus ciudadanos a adaptarse al cambio, apoyando la igualdad de oportunidades para todos, respecto del desarrollo de competencias, la educación de alta calidad, el empleo y el acceso a servicios, a permanecer activos tanto tiempo como sea posible y a vivir una vida larga y saludable, en una sociedad en la que su evolución y el progreso tecnológico han cambiado la naturaleza y han hecho aparecer nuevas formas de trabajo, redefiniendo el papel de los empleadores y trabajadores, y la necesidad de adaptar las condiciones de trabajo, las competencias y los sistemas de Seguridad Social.

Por ello, la Presidencia propuso centrar el trabajo del Consejo en: la modernización de la educación y el mercado laboral, reforzando el vínculo entre ambos, para garantizar la adaptación del conocimiento y las competencias, entre ellas las digitales, a los cambios en curso, impulsando las iniciativas derivadas de la Nueva Agenda de Cualificaciones para Europa y la revisión del Europass; la creación de mejores oportunidades para la participación en la sociedad de las personas con necesidades especiales, avanzando en el logro de un rápido acuerdo sobre el Acta de Accesibilidad; la promoción de la igualdad de género, inclui-

do el apoyo al equilibrio entre la vida profesional y familiar, para facilitar la participación de la mujer en el mercado laboral y la de los hombres en las responsabilidades familiares; la modernización de las reglas de coordinación de la Seguridad Social; y la continuidad de las negociaciones para la regulación de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios.

2. EL SEMESTRE EUROPEO 2017: LA MEJORA DEL ACCESO AL MERCADO LABORAL Y LA REDUCCION DE LAS DIVERGENCIAS EN LA UE

En el debate de orientación celebrado en el Consejo EPSSCO de 3.03.2017 sobre la mejora del acceso al mercado laboral y la reducción de las divergencias en la UE, que inicia el procedimiento del Semestre Europeo 2017, se abordaron: los ámbitos de reforma prioritarios y de las estrategias para garantizar el dinamismo y la adaptabilidad del mercado laboral, pensando en el futuro y con vistas a aumentar la participación en él; la perspectiva de los Estados miembros de aprender y asesorarse mutuamente durante la concepción y aplicación de las reformas; el papel de la Comisión en la evaluación integrada y lo que se podría y debería hacer para la participación de otros agentes, entre ellos los interlocutores sociales, en el proceso.

Todo ello a partir de la constatación de que la crisis económica y financiera iniciada en 2008 afectó a los Estados miembros de manera diferente; las numerosas medidas aplicadas para modernizar las políticas existentes y aumentar la capacidad de ajuste de los mercados de trabajo europeos, con atención especial a la revisión de las políticas sociales, la fiscalidad del trabajo y los parámetros generales del mercado laboral para aumentar la resiliencia de los sistemas nacionales de asistencia social; el comienzo de la estabilización de las divergencias en la participación en el mercado laboral y el impulso del crecimiento económico y el empleo en los países más afectados por la crisis, y que la elevada participación en el mercado laboral no es sólo cuestión de igualdad de oportunidades ya que el acceso a él está condicionado por múltiples factores

(competitividad fiscal, crecimiento económico, marcos reglamentarios, disposiciones sobre Seguridad Social, niveles de capacitación y calidad de la educación, asistencia en la búsqueda de empleo y servicios de apoyo, políticas activas de mercado laboral, guarderías y servicios de atención); que las medidas políticas (acceso a servicios asequibles y de calidad, y a sistemas de educación y formación modernos y de calidad, incluido el desarrollo profesional y el aprendizaje permanente para adaptarse a las necesidades del mercado laboral, prestaciones en especie, fiscalidad del trabajo bien diseñada, servicios públicos de empleo eficaces y lugares de trabajo accesibles) debían tener carácter general o estar dirigidas a grupos específicos, y que las políticas del mercado laboral deberán diseñarse considerando las necesidades de un mundo cambiante, de las nuevas tecnologías y del recurso más frecuente de los empleadores a los contratos atípicos; que para garantizar la estabilidad social y la resiliencia de nuestras sociedades había que reflexionar sobre la adecuación y la financiación de los sistemas de Seguridad Social, de modo que el aumento de los contratos atípicos y la mayor flexibilidad contractual no afecten a la seguridad y a la inversión en competencias para evitar el deterioro de la competitividad a medio y largo plazo; que la evaluación del Semestre Europeo desde 2011 y la aplicación de las recomendaciones específicas por país señalan que se ha avanzado más en la inversión en competencias, en la participación en el mercado laboral y en la legislación sobre la protección del empleo que en la fiscalidad del trabajo, las políticas activas del mercado laboral y la inclusión social, que han quedado atrasadas; la importancia de mantener el impulso reformista, garantizar la coherencia de las reformas y aumentar su aceptación y asunción de responsabilidad; y que la posición de los interlocutores sociales y el diálogo social son un elemento clave para el éxito y la legitimación de las reformas económicas y sociales.

2.1. El Estudio Prospectivo anual sobre el Crecimiento 2017

Adoptado por la Comisión el 16.11.2016, como inicio del proceso del Semestre Europeo el Estudio Prospectivo anual sobre el Crecimiento 2017, presenta las prioridades económicas y sociales más acuciantes para la UE y

sus Estados miembros en las que debían centrar su atención durante 2017, en coherencia con el discurso sobre el estado de la Unión del Presidente de la Comisión, de 14.09.2016, en el que subrayaba la necesidad de que Europa reforzara su recuperación económica e invirtiera en la juventud y en los solicitantes de empleo, en las pymes y en las empresas de nueva creación, y con la carta de intenciones del Presidente y el Vicepresidente primero de la Comisión, de la misma fecha, dirigida a los presidentes del Parlamento y del Consejo, poniendo de manifiesto la necesidad de que la recuperación económica beneficiara a todos, especialmente a los segmentos más débiles de la sociedad, y de reforzar la equidad y la dimensión social del mercado único, precisando las diversas formas de crear más empleo, crecimiento e inversión, y la garantía de un futuro prometedor para todos, con mejores oportunidades para los jóvenes, como prioridades, expuestas también en la hoja de ruta de Bratislava, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno el 16.09.2016.

Por ello, a pesar de los cambios positivos registrados en la UE, como prueba de la resiliencia y de la recuperación de la economía europea, se constata: la fragilidad de ésta, ralentizada por la crisis; el envejecimiento demográfico, que presiona la adecuación y la sostenibilidad de los sistemas de protección social, al no haberse completado las reformas estructurales en muchos Estados miembros y la puesta en práctica de las recomendaciones específicas por país; y los altos niveles de desigualdad y de riesgo de pobreza, aunque éstos últimos están disminuyendo, así como el desempleo, todavía muy elevado en algunos Estados miembros.

Para lograr los objetivos señalados, la Comisión se compromete entre otras medidas a: renovar el Semestre Europeo, con más tiempo para el diálogo con los Estados miembros, integrando las consideraciones sociales con los objetivos económicos; dar prioridad a la inversión en capital humano mediante la puesta en marcha de una Agenda de Nuevas Cualificaciones para Europa, el despliegue de la GJ y la evaluación comparativa de los resultados en materia de educación y formación, empleando todas las herramientas de política monetaria, presupuestaria y estructural para intensifi-

car la creación de empleo, el crecimiento, la inversión y la estabilidad financiera, instando a los Estados miembros a redoblar sus esfuerzos en estimular la inversión, impulsar las reformas estructurales y garantizar políticas presupuestarias responsables, centrando la atención en la justicia social para favorecer un crecimiento integrador.

En cuanto al estímulo de la inversión, se recuerda la utilidad del Plan de Inversiones para Europa para obtener resultados concretos y fomentar un incremento sostenible de la inversión en los Estados miembros, dada la movilización de cerca de 138.000 millones de euros en poco más de un año y de las 300.000 pymes beneficiarias del FEIE, y la propuesta de ampliación y duplicación de sus recursos hasta llegar a 630.000 millones desde este momento hasta 2022, mejorando su cobertura geográfica y sectorial, mediante la simplificación y el aumento de las posibilidades de combinarlo con los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, sin olvidar que las inversiones deben centrarse también en el capital humano, en educación y aprendizaje permanente para fomentar la empleabilidad y las infraestructuras sociales, el desarrollo de servicios de cuidados de larga duración y de guardería, flexibles y asequibles, y reducir el riesgo de brechas salariales y de diferencias en las condiciones laborales entre los trabajadores muy y poco cualificados.

Respecto del impulso de las reformas estructurales, a propósito de la creación de empleo y el aumento de las cualificaciones se plantea que los Estados miembros deben: invertir más en la creación de condiciones propicias para lograr una mayor participación en el mercado laboral, aumentar la oferta de empleo de calidad y garantizar la eficacia de la formación y la mejora de las cualificaciones, tras constatar la disminución en muchos de ellos de la población en edad de trabajar y la población activa, como consecuencia de las bajas tasas de actividad, el envejecimiento demográfico, la emigración y las salidas del mercado de trabajo relacionadas con la salud; algunos tendrán que establecer las estructuras apropiadas para afrontar la afluencia de migrantes y refugiados más allá de las necesidades inmediatas a corto plazo; intensificar su lucha contra el desempleo juvenil,

centrándose en la adecuación de las cualificaciones al mercado laboral ante las previsiones de una futura escasez de personas con cualificaciones técnicas y formación profesional, modernizando la educación y la formación de las cualificaciones de los trabajadores, desde los conocimientos básicos de cálculo, lectura y escritura hasta las capacidades digitales y empresariales, considerando fundamental el diálogo social para el buen funcionamiento de la economía social de mercado; y asegurarse, con los interlocutores sociales y según sus prácticas nacionales, de la eficacia de los sistemas de fijación de salarios para garantizar la creación de empleo y el aumento de los ingresos reales, adaptándose mejor a la evolución de la productividad.

Respecto de la política social como factor productivo y la modernización del Estado del bienestar, se propone que los Estados miembros rediseñen sus sistemas de protección social para mejorar el fomento de la participación en el mercado laboral y ofrecer seguridad en el empleo e ingresos de sustitución adecuados, y que sus sistemas fiscales y de prestaciones ofrezcan apoyo social e incentivos al trabajo adecuados, mientras que los sistemas nacionales de pensiones deben reflejar mejor el aumento de la esperanza de vida, y las políticas sanitarias apoyar y reforzar las redes de Seguridad Social y las estrategias de inclusión activa, a través de políticas de prevención, curación y rehabilitación.

Sobre las políticas presupuestarias responsables, se señala que la mayoría de los Estados miembros han reformado los sistemas de pensiones para mejorar su sostenibilidad, eficiencia y adecuación, pero que se necesitan medidas adicionales para consolidar los esfuerzos de reforma, y la previsión del aumento significativo, en las próximas décadas, del gasto público en asistencia sanitaria y cuidados de larga duración, por el envejecimiento de la población y los avances tecnológicos.

Entre los próximos pasos a dar se citan: la aplicación de las reformas clave indicadas en las recomendaciones específicas por país, la utilización plena de las oportunidades (Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, Plan de Inversiones para Europa, Programa de apoyo a la Reforma Estructural, cuando se

adopte) en la UE, y la intensificación del diálogo de la Comisión con los Estados miembros antes de la preparación de los PNR y las recomendaciones específicas por país 2017, reservando un papel destacado a los Parlamentos nacionales y fomentando la mayor participación de los interlocutores sociales.

2.2. El Informe Conjunto sobre el Empleo 2017

Adoptado en el Consejo EPSSCO de 3.03.2017, el Informe Conjunto de Empleo 2017 presenta el panorama del mercado de trabajo (avance en su recuperación en 2015 y 2016; descenso de las divergencias entre los mercados laborales de los Estados miembros desde niveles muy altos, con las tasas de desempleo acercándose a niveles anteriores a la crisis; dinámica del crecimiento del empleo y diferencias por grupos de edad y nivel de educación; aumento del número de personas con empleo y estabilidad del porcentaje de trabajadores temporales como reflejo de la recuperación del empleo; y descenso del desempleo juvenil y de larga duración en 2015, siguiendo la pauta de la tasa de desempleo total) y las tendencias (continuidad de la mejora de la situación financiera de los hogares de la UE en 2015 y estabilización en las cifras de la pobreza; reducción de la privación material grave por la elevación del nivel de vida; mayor incidencia del riesgo de pobreza entre los jóvenes, los menores, los desempleados y los nacionales de terceros países; y desigualdad entre el 20% de la población con mayor y menor renta) y los retos sociales en la UE, concluyendo respecto de España que aunque la tasa de desempleo y el porcentaje de niños han continuado mejorando, sus niveles y la situación del desempleo juvenil, la pobreza y las desigualdades siguen siendo problemáticos; y la situación y las respuestas normativas de los Estados miembros en cuanto a las reformas en materia de empleo y social en 2016, en relación con: el impulso de la demanda de mano de obra, la evolución de los salarios y de la fiscalidad sobre el trabajo; la mejora de la oferta de trabajo y las competencias; el empleo de los trabajadores mayores, los jóvenes, las mujeres, las personas con discapacidad y los inmigrantes; la mejora del funcionamiento de los mercados laborales; y el fomento de la inclusión social, la lucha contra la pobreza y la promoción de la igualdad de oportunidades.

Su contenido se resume en los siguientes mensajes clave:

- la situación social y del empleo están mejorando, en un contexto de recuperación económica moderada, de modo que el objetivo de la Estrategia Europa 2020 de la tasa de empleo del 75% podría alcanzarse de mantenerse la tendencia actual, aunque la pobreza sigue siendo elevada y la situación social y del desempleo varía entre los Estados miembros; la mayoría de los indicadores del mercado laboral mejoraron en 2015 y 2016, situándose la tasa de desempleo en el 8,5% en el tercer trimestre de este año, en descenso, así como la del desempleo juvenil y de larga duración, mientras que las tasas de actividad aumentaron al crearse más de 4,10 millones de puestos de trabajo en 2015 y el primer trimestre de 2016, cerrándose la brecha entre mujeres y hombres, aunque la de aquellas sigue siendo notablemente menor que la de éstos; los hogares aumentaron sus ingresos en 2015 por el incremento de las rentas del trabajo y las bajadas de los impuestos y cotizaciones, aunque la renta bruta en la eurozona se mantiene por debajo de los niveles de 2009, y empieza a reducirse el número y el porcentaje de personas en riesgo de pobreza o exclusión social, todavía en un nivel muy alto, 118,10 millones de personas, el 23,7% de la población total en 2015;

- la preocupación por los elevados niveles de desigualdad, que además de poder reducir la producción de la economía y el potencial de crecimiento sostenible y reflejar un elevado riesgo de pobreza y exclusión social, implican la infrautilización del capital humano, efectos negativos que se agravan por la transmisión intergeneracional de la pobreza, constatando que las instituciones del mercado laboral, la Seguridad Social y la educación no fomentan suficientemente la inclusión y la inversión en capital humano como para converger y combatir las importantes desigualdades de rentas, por lo que se deberá actuar sobre los regímenes tributarios y de prestaciones, los salarios, los sistemas de educación y capacitación, la igualdad de género y el sistema sanitario;

- las reformas para promover mercados de trabajo resilientes e inclusivos deben continuar, estimulando la creación de empleo y

la participación en el mercado laboral, combinando la flexibilidad con una seguridad adecuada, ya que los Estados miembros que vinculan la flexibilidad de los sistemas de trabajo con políticas activas efectivas para el mercado laboral y una protección social adecuada hicieron frente a la crisis mejor que otros, a pesar de lo cual hacen falta más esfuerzos para promover la creación de empleos de calidad y aumentar la inclusión de los mercados de trabajo, eliminando las barreras para la participación en ellos y corrigiendo su segmentación, luchando contra el trabajo no declarado, velando porque los sistemas de protección social ofrezcan ayudas de renta adecuadas y servicios de capacitación para todos, fomentando la transición al empleo y la rentabilidad del trabajo;

- los sistemas tributarios deben orientarse mejor a favorecer la creación de empleo y corregir las desigualdades, para promover la demanda de empleo, ayudando a las empresas a volver a contratar, y la oferta, reduciendo los factores que desincentivan la aceptación de empleo y aumentando el sueldo neto de los trabajadores, especialmente de los más desfavorecidos, a través de la cuña fiscal, que sigue siendo elevada en un número considerable de Estados miembros;

- el moderado aumento de los salarios nominales en un contexto de baja inflación, dado que en los Estados miembros que han reformado los sistemas salariales en colaboración con los interlocutores sociales, la evolución de los salarios se ha vinculado a la productividad para apoyar la demanda y el crecimiento, por lo que los sistemas salariales deben continuar buscando la coordinación entre los diferentes niveles de la negociación colectiva y reforzando el papel de los interlocutores sociales;

- la participación irregular de los interlocutores sociales en la formulación y aplicación de las reformas en la UE, por lo que es crucial el establecimiento de un diálogo social efectivo según las prácticas nacionales para aumentar la aceptación de las reformas y garantizar su aplicación efectiva, como hicieron algunos Estados miembros en 2015 y 2016 reforzándolo y mejorando la participación de los interlocutores sociales en las políticas sociales y de empleo;

- los Estados miembros han seguido modernizando sus sistemas de educación y formación para mejorar las competencias necesarias para adaptarse al mercado laboral y contribuir a la inclusión social y al desarrollo de ciudadanos comprometidos y activos, de acuerdo con la Comunicación de la Comisión sobre “una Nueva Agenda de Capacidades para Europa”, que debe continuar orientada a la inversión en la adquisición de competencias entre jóvenes y adultos, con la colaboración más estrecha entre la empresa y el sistema educativo, y para aprovechar el potencial de la formación de aprendices;

- el desempleo juvenil y el número de niños ha seguido bajando, aunque sigue siendo muy elevado en algunos Estados miembros, gracias a la GJ, que ha mejorado la coordinación entre los distintos agentes, de modo que en 2015 5,5 millones de jóvenes se inscribieron en sistemas de GJ y 3,5 millones aceptaron una oferta de empleo, aprendizaje, prácticas o formación continua, y a la IEJ, a pesar de lo cual deberán proseguir las reformas estructurales e intensificarse las medidas para que todos los jóvenes, especialmente los de baja cualificación y los que encuentran múltiples obstáculos para acceder al mercado laboral, se beneficien de la GJ;

- sigue siendo prioritario afrontar el desempleo de larga duración, que representa casi el 50% del desempleo total, implica la depreciación de las competencias y un mayor riesgo de exclusión social y de convertirse en estructural, con consecuencias negativas para el crecimiento potencial, por lo que los Estados miembros están reforzando su apoyo con ayudas individualizadas y la mejora de la coordinación entre los servicios de empleo y otros agentes;

- las mujeres siguen estando infrarrepresentadas en el mercado laboral y sufren una importante brecha salarial, especialmente las madres y las cuidadoras, lo que se traduce en pensiones más bajas, por lo que es necesario integrar las consideraciones de conciliación de la vida laboral y personal, el acceso a servicios de cuidados de los hijos y otros servicios asistenciales asequibles y de calidad, bajas y horarios flexibles, y la aplicación de sistemas tributarios y de prestaciones que no desincen-

tiven el trabajo de una segunda persona en el hogar o trabajar más;

- han continuado los esfuerzos para modernizar los sistemas de protección social para mejorar la cobertura y la idoneidad de las prestaciones, el acceso, la calidad y la capacidad de respuesta de los servicios y para fomentar activamente la participación en el mercado laboral, dirigidos a colectivos desfavorecidos (asalariados con rentas bajas, desempleados, personas con discapacidad, sin hogar y cuidadores), a pesar de lo cual los niveles de pobreza (infantil) son preocupantes en algunos Estados miembros, por lo que se necesitan sistemas de Seguridad Social eficientes combinados con redes de seguridad adecuadas que incluyan servicios de capacitación para la (re)integración al mercado laboral de las personas en edad de trabajar;

- tras las reformas para elevar la edad de jubilación, las últimas reformas de las pensiones también incluyen medidas para proteger su adecuación, a través de garantías mínimas y mecanismos de indexación, preservando su sostenibilidad, para lo que es necesario animar a hombres y mujeres a permanecer más tiempo empleados mediante políticas de conciliación de la vida laboral y personal y la modernización del entorno de trabajo, contando también con las pensiones complementarias y otros ahorros para la jubilación;

- los sistemas sanitarios contribuyen al bienestar individual y colectivo y a la prosperidad económica, por lo que los servicios asistenciales de larga duración vendrán a fomentar la inclusión social y a reducir los obstáculos a la participación de los cuidadores familiares, especialmente las mujeres, en el mercado laboral;

- en los últimos años, la UE ha experimentado una llegada de refugiados sin precedentes, por lo que muchos Estados miembros han adoptado medidas de integración a medio y largo plazo como parte de la estrategia de inclusión social.

El Consejo EPSSCO de 3.03.2017 adoptó unas Conclusiones del Consejo sobre el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y el Informe Conjunto sobre Empleo: orientación

política sobre las políticas sociales y de empleo, en las que, tras considerar: la mejora de la situación social y del empleo en la UE en un contexto de recuperación económica moderada y de mayor creación de empleo; la situación de la tasa de desempleo en su nivel más bajo desde 2009, el 8,3% en 2016, y la disminución del desempleo juvenil y de larga duración, y el aumento hasta el 71,1% de la tasa de empleo del grupo de edad de 20 a 64 años en el segundo trimestre de 2016; el aumento de la renta de los hogares en muchos Estados miembros en 2015 y la disminución del número de personas expuestas al riesgo de pobreza o exclusión social, aunque sigue a un nivel muy elevado, 118 millones de personas, el 23,7% de la población total en 2015, con el reto de la pobreza infantil, que afecta a 26,1 millones de niños en la UE; y el elevado nivel de desigualdad de la renta total; y subrayar la ausencia de margen para la complacencia y que debe perseguirse una convergencia al alza de los resultados en materia social y de empleo y prestar pleno apoyo a la continuidad de las prioridades políticas del Estudio Prospectivo y al papel del Informe Conjunto; el refuerzo de las consideraciones sociales y de empleo en el paquete de otoño como punto de partida del Semestre Europeo 2017; la insistencia en la inversión general y sostenible acompañada por el reconocimiento de la necesidad de tomar medidas para abordar el desempleo juvenil y de larga duración, la creación de empleo, la participación de las mujeres en el mercado laboral, el desarrollo de competencias adecuadas y el acceso a servicios sociales y a una asistencia sanitaria de calidad, equilibrando los enfoques generales y específicos en materia de protección social; las consecuencias de la influencia de los refugiados para los sistemas de empleo y protección social y la importancia para la cohesión de la UE de la integración social y en los mercados de trabajo de los nacionales de terceros países residentes legales en la UE; y la mundialización de los cambios demográficos y los avances tecnológicos y ambientales como retos y oportunidades para el crecimiento del empleo, la calidad de los puestos de trabajo, las condiciones de trabajo y la inclusión social, destacando la importancia de las competencias y la inversión en capital humano para la igualdad de oportunidades y las nuevas modalidades de empleo; se incluyen las siguientes orientaciones sobre el empleo y las políticas sociales:

- el apoyo a la creación de empleo, su calidad y la participación en el mercado laboral, deben seguir siendo objetivo clave de las reformas, con mayores esfuerzos para la creación de puestos de trabajo de calidad, la eliminación de obstáculos para la participación en el mercado laboral, la lucha contra la pobreza, hacer frente al trabajo no declarado, facilitar las transiciones y ofrecer apoyo a la renta y a la activación de servicios sociales de calidad, con disposiciones contractuales flexibles y fiables, políticas activas del mercado laboral y estrategias de aprendizaje permanente como contribución a la lucha contra el desempleo, al fomento de la creación de empleo y la ayuda a la adaptación a los cambios de los mercados de trabajo; los sistemas de fijación de salarios deben ser eficaces para apoyar la creación de empleo y ofrecer aumentos de ingresos, manteniendo su evolución en función de la productividad como una contribución positiva al crecimiento equilibrado en los países y en la eurozona; y los sistemas fiscales y de prestaciones deben seguir jugando su papel para reducir los factores que desincentivan el trabajo y aumentar el salario especialmente para los trabajadores con retribuciones bajas y la fiscalidad para apoyar el empleo, estimulando su crecimiento y atenuando las desigualdades, considerando los aspectos importantes de la financiación de la Seguridad Social y las diferencias entre los sistemas de protección social de los Estados miembros;

- la realización de mayores esfuerzos para abordar el desempleo juvenil y de larga duración, a partir de la eficacia de la GJ y la IEJ como motor de las reformas estructurales, para lo que los Estados miembros deben mantener sus esfuerzos y velar porque los servicios públicos de empleo tengan capacidad para aplicar plenamente la GJ, reforzando la cooperación con los sistemas educativos y de protección social, con especial atención a los ni-nis; y deben seguir priorizando abordar los retos del desempleo de larga duración y aplicar la Recomendación del Consejo sobre la integración de estos desempleados, que llegan casi al 50% del total de desempleados en algunas regiones, ofreciéndoles apoyo individualizado y mejorando la coordinación de los servicios de empleo;

- la mejora de los resultados del mercado de trabajo de las mujeres y la reducción de la

brecha salarial entre hombres y mujeres, integrando las medidas de conciliación de la vida laboral y personal en la formulación de políticas mediante el acceso a servicios asistenciales a la infancia y a personas dependientes asequibles y de calidad, a permisos adecuados y fórmulas de trabajo flexibles, evitando los desincentivos fiscales a la segunda fuente de ingresos familiares, con mayor atención a la brecha salarial entre hombres y mujeres, en la jubilación y a las diferencias de género en la pobreza y la exclusión social;

- la modernización de los sistemas de educación y formación para garantizar el desarrollo efectivo y la mejora de las competencias, en línea con la Nueva Agenda de las Capacidades para Europa, centrando las reformas en la inversión en el desarrollo de las capacidades (desde las básicas hasta las de los ámbitos financiero, empresarial, ecológico, digital) de los jóvenes y los adultos para adecuarse a las necesidades del mercado laboral, y en la mejora de la educación y la formación profesional mediante itinerarios educativos flexibles que ayuden a desarrollar cualificaciones transferibles y adecuadas durante toda la vida;

- el fomento de sistemas de protección social sostenibles y adecuados, insistiendo en la inclusión y la inversión social, de modo que los Estados miembros: brinden protección social eficaz, eficiente y adecuada que contribuya a mantener el nivel de vida y a prevenir la pobreza y las desigualdades; aumenten la sensibilización sobre el efecto distributivo de las políticas y las reformas (fiscales y de prestaciones, de fijación de salarios, educación, desarrollo de capacidades, servicios sociales y sistemas sanitarios) para reducir las desigualdades y promover la igualdad de oportunidades, considerando como formas eficientes de lucha contra la pobreza y la exclusión social las reformas basadas en un enfoque de integración activa que combinen apoyo adecuado a la renta, capacitación de servicios sociales de calidad, a la reintegración al mercado laboral mediante servicios integrados e individualizados y mejora de los incentivos para trabajar; pongan en marcha estrategias integradas para reducir la pobreza infantil y romper el ciclo de pobreza y exclusión social intergeneracional, apoyando el acceso de los progenitores al mercado laboral y prestando más ayuda a las familias;

garanticen la universalidad de los servicios sanitarios de calidad y su financiación adecuada y sostenible; reformen la asistencia de larga duración con mayor atención a la prevención, pasando de un enfoque reactivo a otro más anticipatorio; y aborden los efectos del envejecimiento de la población y la promoción de una vida laboral más larga mediante la reforma de las pensiones, garantizando su adecuación y sostenibilidad en el futuro;

- un diálogo social eficaz, fundamental para garantizar reformas más justas y eficientes y aumentar la responsabilización del proceso de elaboración de políticas.

En base a estas orientaciones, el Consejo pide a los Estados miembros que: plasmen las prioridades del Estudio Prospectivo y del Informe Conjunto de Empleo 2017 y estas Conclusiones en sus PNR y apliquen las políticas para responder a las Recomendaciones específicas 2016; redoblen sus esfuerzos para alcanzar el objetivo del empleo y de lucha contra la pobreza y la exclusión social de la Estrategia Europa 2020, y prosigan y refuercen la participación de los parlamentos nacionales, los interlocutores sociales y la sociedad civil en los procedimientos del Semestre Europeo a escala nacional; y tengan en cuenta los mensajes clave de la revisión 2016 del Consejo Europeo sobre la participación de los interlocutores sociales en el Semestre; a la Comisión Europea que: siga reforzando su interés por el empleo y las cuestiones sociales dentro del Semestre Europeo; y trabaje con los Estados miembros en buscar las mejores maneras de apoyar, financiar y aplicar las reformas estructurales a partir de los instrumentos existentes del Semestre, para facilitar la convergencia al alza de los resultados en materia social y de empleo; y a los Comités de Empleo y de Protección Social que: prosigan el desarrollo de ejemplos de índices de referencia relacionados con las políticas y resultados en materia social y de empleo y el intercambio de mejores políticas; colaboren con la Comisión sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales; continúen trabajando sobre la supervisión multilateral y temática para el debate del Semestre Europeo, y sobre el seguimiento y análisis del cuadro de indicadores sociales y de empleo, el IRE y el IRPS; trabajen en colaboración con otros comités consultivos y otras partes (los

Comités Económico y Financiero, de Política Económica, y de Educación y el Grupo de Salud Pública); y consideren el cometido de los interlocutores sociales a escala nacional en el Semestre Europeo.

2.3. Las recomendaciones del Consejo sobre el PNR y el dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España 2017

Adoptadas por el Consejo el 11.07.2017 (DOUE, C 261, de 9.08.2017), en materia de empleo y política social, se recomienda a España “reforzar la coordinación entre los servicios autonómicos de empleo, los servicios sociales y las empresas, para responder mejor a los solicitantes de empleo y a los empresarios; adoptar medidas destinadas a promover la contratación por tiempo indefinido; hacer frente a las disparidades autonómicas y a la fragmentación en los sistemas de renta mínima garantizada y mejorar el apoyo a las familias, incluido el acceso a guarderías de calidad; incrementar la pertinencia de la enseñanza superior para el mercado laboral; y corregir las disparidades autonómicas en los resultados educativos, en particular mediante el refuerzo de la formación del profesorado y el apoyo individual a los estudiantes”.

A estas recomendaciones se llega tras constatar: que la creación de empleo, a la que han contribuido las reformas del mercado laboral y la moderación salarial, ha sido robusta los últimos años; el rápido descenso del desempleo, uno de los más elevados de la UE especialmente entre los jóvenes y las personas poco cualificadas, que comporta riesgos de desvinculación del mercado laboral, y con casi la mitad de los desempleados más de un año sin empleo; la adopción en España de medidas de apoyo a los jóvenes, en particular ampliando los criterios de elegibilidad de la GJ y de refuerzo del apoyo individual a los desempleados de larga duración, cuya eficacia depende también del rendimiento de los servicios públicos de empleo autonómicos; la existencia de margen para potenciar la cooperación con los servicios sociales para mejorar las prestaciones a los solicitantes de empleo, especialmente a los desempleados de larga duración y a los beneficiarios de la renta mínima garantizada; la posibilidad de mejorar la cooperación de los servicios de em-

pleo con los empresarios, aumentando el porcentaje de puestos vacantes tramitados por éstos; en cuanto al empleo temporal, que España presenta uno de los porcentajes más altos de la UE, muchos de ellos de muy corta duración, con un índice de transición a contratos indefinidos muy bajo respecto de la media de la UE, asociado a un menor crecimiento de la productividad, un empeoramiento de las condiciones de trabajo y un mayor riesgo de pobreza; que las recientes mejoras introducidas en el mercado laboral parecen haber producido efectos ligeramente positivos en la lucha contra el abuso de la contratación temporal al haberse reforzado las inspecciones de trabajo, dado algunas de las características (incertidumbres por los litigios por despido o indemnizaciones comparativamente más elevadas en los despidos de los contratos indefinidos, que pueden desincentivar más todavía estos contratos; dispersión del sistema de incentivos a la contratación y no concentración en la contratación indefinida) del mercado laboral; y que el grupo de trabajo sobre la calidad de empleo, recientemente constituido, todavía no ha elaborado el plan para luchar contra la segmentación del mercado laboral, a pesar del acuerdo de 2014 entre el Gobierno y los interlocutores sociales.

En el ámbito de la política social se pone de manifiesto que: sigue habiendo disparidades en las condiciones de elegibilidad de los sistemas de renta mínima garantizada y en el vínculo entre activación y protección según los distintos sistemas y comunidades autónomas; determinadas categorías de hogares vulnerables quedan fuera de estos sistemas, cuya escasa eficacia se explica por las grandes diferencias en las condiciones de acceso y adecuación de los regímenes autonómicos y por la fragmentación del sistema nacional de prestaciones dirigido a distintas categorías de demandantes de empleo, gestionados por distintas administraciones; introduce discontinuidad en la ayuda a los que la necesitan y menoscaba la oferta de itinerarios integrados; con el fin de superar estos problemas se está realizando un estudio para evaluar la eficacia de los regímenes nacionales y autonómicos de apoyo a las rentas; la orientación de las prestaciones familiares deja bastante que desear; el sistema fiscal y de prestaciones es ligeramente regresivo; existen obstáculos para que los progenitores con bajos ingresos accedan

a servicios de atención a la infancia: y que aunque mejora la prestación de cuidados de larga duración, existen disparidades entre las comunidades autónomas y todavía no se han cubierto las necesidades actuales.

2.4. Evaluación de las recomendaciones específicas por país 2017 y de la aplicación de las de 2016

El Consejo EPSSCO de 15.06.2017, a partir de las prioridades y retos de las Recomendaciones específicas por país 2017 (redoblar los esfuerzos para mejorar la participación en el mercado laboral, reduciendo el subempleo de los trabajadores de más edad y las diferencias en materia de empleo y salariales entre hombres y mujeres, y mejorando el acceso a este mercado de grupos marginados; la promoción de mercados de trabajo resilientes e inclusivos ante la dimensión del desempleo juvenil y de larga duración como prioridades acuciantes, que exige abordar la segmentación del mercado laboral y aumentar la eficacia de las políticas activas del mercado de trabajo y sociales y el desarrollo de sistemas de negociación colectiva favorables a la creación de empleo; los sistemas de protección social deben facilitar servicios de capacitación y complementos de renta adecuados a todos y fomentar el empleo y la participación en el mercado laboral de la educación y la formación profesional, la educación superior y el aprendizaje permanente) celebró un debate de orientación sobre si las Recomendaciones abarcan los desafíos más apremiantes en materia social y laboral, y sobre lo que se podría hacer para mejorar su aplicación para aprovechar al máximo posible la actual coyuntura macroeconómica favorable en la UE y cuáles son los principales obstáculos para este fin.

El mismo Consejo EPSSCO de 15.06.2017 refrendó las evaluaciones de los Comités de Empleo y de Protección Social sobre las recomendaciones específicas por país 2017, 76 en total, 34 referidas a la política social o al empleo frente a las 42 de 114 en 2016, y las 53 de 118 en 2015, que por primera vez se han reducido; en las que se presta gran atención a las competencias, la educación y la formación, 16, a las políticas activas de empleo, 14, a la participación de la mujer en el mercado laboral, 9, a los salarios y la competitividad,

10, y a las relacionadas con los migrantes, 3, con ausencia total de referencia al desempleo juvenil, aunque el Comité de Empleo seguirá realizando el seguimiento de la aplicación de la GJ.

Estas recomendaciones, que para la CES representan un paso adelante en relación con el aumento de los salarios y de la inversión, la lucha contra el trabajo precario, y la suficiencia de la protección social y su sostenibilidad, felicitándose por la atención prestada a las políticas activas del mercado laboral, plantean dudas sobre los efectos de las reducciones de la cuña fiscal sobre el trabajo en el desempleo y preocupación porque éste se vaya haciendo estructural, lamentando el olvido del concepto de calidad del empleo; a las organizaciones empresariales les suscitan dudas la suficiencia de la atención a la cuña fiscal sobre el trabajo, la atención a la infancia y la inversión en competencias, mostrándose prudentes sobre las propuestas relativas a los salarios y sus mecanismos de fijación, subrayando la necesidad de políticas favorables al crecimiento y mayor atención a la eficacia de las políticas activas del mercado laboral, y cierta sorpresa por la ausencia de referencias al diálogo social, ya que la cooperación con los interlocutores sociales a escala nacional mejora la aplicación de las recomendaciones, que deben encajarse con otras iniciativas como el Pilar de Derechos Sociales, para una mayor coherencia.

El Comité de Empleo a partir del resultado de la vigilancia multilateral sobre una serie de retos clave en materia de empleo y de las correspondientes recomendaciones 2016 concluyó: a propósito del desempleo de larga duración, que sería necesario prestar atención a los demandantes de empleo desalentados y precisar el concepto y las funciones de las ventanillas únicas, así como a la revisión y actualización periódicas de los acuerdos de integración laboral, considerando fundamental la capacidad de los servicios públicos de empleo para la aplicación satisfactoria de esta recomendación; respecto de las políticas activas de mercado de trabajo y los servicios públicos de empleo, manifestando su inquietud sobre la escasez de mano de obra y los grupos en los márgenes del mercado laboral y la importancia de los vínculos entre las prestacio-

nes y la activación laboral y el seguimiento de los esfuerzos de la búsqueda de empleo, así como que los servicios electrónicos contribuyen a aumentar la eficiencia de los servicios de empleo y que la garantía de la eficacia y la eficiencia de las políticas de mercado de trabajo y el uso óptimo del dinero público siguen siendo una preocupación fundamental; en cuanto a la segmentación del mercado laboral, señalando que sus efectos están ligados a la legislación sobre despidos, renovaciones de contratos, procedimientos judiciales y relacionados con políticas sobre prestaciones por desempleo y Seguridad Social, la participación de la mujer en el mercado laboral y las nuevas formas de trabajo por cuenta propia, y que las medidas que se están adoptando para tratar de reducir el problema del trabajo no declarado es posible que tarden en fructificar; en materia de desempleo juvenil, constatando la consolidación de la GJ, aunque deben intensificarse los esfuerzos para aumentar su cobertura e impacto y garantizar su aplicación sostenible, ante el desafío de garantizar la calidad de las ofertas y la sostenibilidad de la integración en el mercado laboral; en el ámbito de la educación, las cualificaciones y el aprendizaje permanente, dadas las muchas reformas realizadas en la formación profesional del lado de la oferta, proponiendo trabajar también para que la demanda alcance el nivel deseado, con atención especial al resultado de los grupos desfavorecidos y al aprendizaje de idiomas; sobre la participación en el mercado laboral, señalando la necesidad de integrar en una estrategia general de este mercado las políticas dirigidas a determinados grupos (trabajadores mayores, subrayando la dificultad de reformar los sistemas de jubilación anticipada y la incidencia de la sostenibilidad de las prestaciones; migrantes, destacando los problemas de integración de la segunda y tercera generación; mujeres, señalando la desigualdad de las mejoras logradas en el cierre de la brecha de género y la carencia de un marco estratégico general); a propósito de la revisión de la fiscalidad del trabajo y el diálogo social, apuntando los avances de muchos Estados miembros en la reducción de la carga fiscal a pesar de que sigue siendo elevada, diseñando los desplazamientos en la presión fiscal para evitar efectos negativos, y respecto a los salarios y su moderación, la fuerte implicación de los interlocutores sociales, sobre

todo en la fijación del salario mínimo, que supone encontrar el equilibrio entre el ritmo de evolución, la protección de los grupos vulnerables y el mantenimiento de la competitividad.

Respecto del proceso de las recomendaciones específicas por país en el contexto del Semestre Europeo, el Comité de Empleo manifestó: que sigue mejorando cada año, destacando la utilidad de los resultados de la vigilancia multilateral y del IRE al debatir los proyectos de las recomendaciones y sus modificaciones; la mejora del diálogo entre los Estados miembros y la Comisión sobre los informes sobre los países, que debe continuar hasta que todos los elementos analíticos que los sustentan se hayan debatido antes de la publicación del proyecto de recomendaciones; otras mejoras en la redacción, que han permitido acelerar los debates; la necesidad de que los considerandos de las recomendaciones tengan carácter prospectivo, al ser éstas más generales que las de años anteriores; que la agrupación de varias cuestiones en una recomendación dificulta su debate y seguimiento y puede provocar problemas en su aplicación, por lo que aunque se produjera el aumento del número total de recomendaciones se preferiría que cada una se refiriera a una sola cuestión; la confusión sobre el enfoque plurianual de las recomendaciones en cuanto a su evaluación, dado que algunas reformas en materia de empleo, cualificaciones y educación necesitan más tiempo para llevarse a cabo; que el enfoque flexible y reactivo de la Comisión en el debate de las recomendaciones, si bien ha facilitado el proceso para alcanzar un consenso puede haber influido en la menor multilateralidad de los debates, proponiendo como solución dar unos días adicionales a los Estados miembros para que modifiquen las recomendaciones de los demás.

El Comité de Protección Social, tras subrayar la consideración de la política social como una inversión y un factor productivo y la necesidad de continuar la modernización de los sistemas de protección social en muchos Estados miembros según los principios de integración activa a través de la participación y la integración laboral, ingresos sustitutivos y de apoyo suficientes y la prestación de servicios de calidad y accesibles, y los objetivos de unos sistemas de pensiones sostenibles y de calidad, cuyo éxito es esencial para la pro-

moción de la cohesión social, la mejora de los resultados sociales, y la reducción de las desigualdades en las rentas; concluyó sobre la ejecución de las REP 2016:

- en el ámbito de la protección social y la inclusión social, que la reducción de la pobreza y la lucha contra la exclusión social siguen siendo desafíos esenciales para los Estados miembros y que en las Recomendaciones de 2016 se hizo hincapié en mejorar la cobertura y la suficiencia de las prestaciones sociales y en garantizar un vínculo efectivo con la activación y la reinserción duradera en el mercado laboral, y la complementariedad de las medidas de activación con la prestación de servicios de calidad; que la evaluación multilateral habían puesto de manifiesto la adopción por algunos Estados miembros de iniciativas políticas para reforzar e integrar la asistencia social, aumentar la cobertura y suficiencia del régimen de ingresos mínimos y su racionalización, revisando los criterios de admisibilidad para mejorar el acceso de los más necesitados; que las reformas de la administración de prestaciones y servicios pretenden abordar la fragmentación de los sistemas de asistencia social, unificándolos y racionalizando la participación de los distintos niveles de gobierno; que se estaba combatiendo la pobreza infantil a través de políticas de intervención tempranas y seleccionadas (complemento de ingresos y ayudas a la integración duradera en el mercado laboral de los progenitores); y que se estaban realizando reformas importantes en el desarrollo y la supervisión de la calidad de los servicios sociales que, coordinada con los servicios de empleo, pueden fomentar el crecimiento y la integración social y preservar el capital humano;

- a propósito de la reforma de los sistemas de pensiones, que las orientaciones políticas del Semestre Europeo se han centrado en: mejorar su sostenibilidad a largo plazo sin perjudicar su función principal; permitir que las personas mantengan razonablemente su nivel de vida en la jubilación y evitar que los ancianos caigan en la pobreza, recomendando medidas para fomentar la prolongación de la vida laboral mediante el aumento de la edad de jubilación, la promoción del retraso de ésta, la restricción de las vías de salida anticipada, la armonización de la jubilación legal de

hombres y mujeres, el envejecimiento activo y el empleo de los trabajadores de más edad; así como la de las pensiones complementarias, constatando su puesta en práctica en la mayoría de los Estados miembros que las recibieron en 2016 con progresos en sus resultados, teniendo en cuenta también el reto de la suficiencia de la pensión con las especificidades de género y la necesidad de aumentar la participación femenina en el mercado laboral y colmar la brecha salarial y en las pensiones entre mujeres y hombres;

- en cuanto a la reforma de los sistemas sanitarios, de cara a la garantía de la sostenibilidad, asequibilidad y rentabilidad de los servicios sanitarios, señalando un mayor hincapié en la prevención, sin comprometer el acceso universal y equitativo y su calidad y seguridad a través de las 12 recomendaciones dirigidas a los Estados miembros en 2016; y

- sobre las reformas de los cuidados de larga duración, recogidas en las dos recomendaciones formuladas en 2016, que se habían centrado en mejorar la rentabilidad de sus servicios y garantizar el acceso a servicios de calidad, a través de medidas de protección social contra el riesgo de dependencia de los cuidados de larga duración, pasando de un enfoque reactivo a otro más anticipativo.

Sobre el paquete de las Recomendaciones específicas por país 2017, adoptado por la Comisión el 22.05.2017, se destaca: los cambios positivos al analizar más equilibradamente los objetivos económicos y sociales con mayor hincapié en las prioridades de política social y en el impacto social en la aplicación de las reformas políticas en todos los ámbitos, apoyando la convergencia al alza en las cuestiones sociales; la atención que se presta a la eficacia de los sistemas de protección social, incluidos el grado de cobertura y la adecuación de las pensiones, con medidas menos prescriptivas que en años anteriores, y su relación con la activación laboral, dejando a los Estados miembros margen suficiente para emplear los instrumentos políticos adecuados para alcanzar los objetivos deseados, inspirados por la sostenibilidad y la suficiencia de éstos, sin olvidar la perspectiva de género; la recomendación sobre los cuidados de larga

duración, reafirmando la importancia de las reformas para afrontar los desafíos demográficos; que, como en años anteriores, numerosas recomendaciones en materia de protección social y de inclusión social se han incluido en el marco del procedimiento de desequilibrio macroeconómico, a pesar de que en el ámbito de aplicación de éste no se incluyen cuestiones ni indicadores relativos a las pensiones, la sanidad, los cuidados de larga duración y la pobreza; y se reitera que todas las cuestiones que son competencia del Consejo EPSSCO deben decidirse en él.

Finalmente, sobre la gobernanza global del Semestre Europeo 2017, se pone de manifiesto: que se debería mantener en el futuro la práctica de la presentación temprana de los informes por países de la Comisión y de la consulta bilateral con los Estados miembros de los proyectos de éstos; el análisis más exhaustivo de las cuestiones de empleo y asuntos sociales y el mejor equilibrio entre las consideraciones económicas y sociales, así como el enfoque plurianual de la evaluación de la aplicación de las reformas, especialmente en el ámbito de la protección social; que el retraso de la publicación de las propuestas de Recomendaciones 2017 ha afectado a la posibilidad de una evaluación adecuada por los homólogos; y se destacan los beneficios de la reunión conjunta de los Comités de Política Económica, de Empleo y de Protección Social para el tratamiento de las Recomendaciones específicas por país de carácter transversal y para la preparación coordinada de su adopción por los Consejos EPSSCO y ECOFIN, así como los intercambios de opiniones del Comité de Protección Social con los interlocutores sociales y las oenegés del sector social sobre las conclusiones de sus revisiones multilaterales de la aplicación de las recomendaciones 2016 y sobre el paquete 2017.

2.5. La evaluación del séptimo Semestre Europeo: Los indicadores de resultados en materia de Empleo (IRE) y de Protección Social (IRPS) 2017

El Consejo EPSSCO de 23.10.2017 refrendó los mensajes clave elaborados por el Comité de Empleo a partir del Informe anual de

resultados en materia de empleo y del IRE 2017, formulados en los siguientes términos:

- en 2016, la tasa de empleo de las personas entre los 20 y los 64 años en la UE siguió aumentando hasta llegar al 71,7% en el primer trimestre de 2017, por lo que de continuar a este ritmo se alcanzaría el objetivo previsto para 2020, del 75%; y 6 Estados miembros tienen tasas de empleo considerablemente inferiores a los niveles previos a la crisis;

- la mayoría de los Estados miembros han logrado el mínimo de crecimiento del empleo que les permitiría alcanzar los objetivos en 2020; 7 han logrado su objetivo nacional; y las diferencias entre los Estados miembros que no han logrado sus objetivos nacionales y las tasas de empleo 2016 se han reducido respecto a 2015;

- se han identificado los subgrupos del mercado laboral en los Estados miembros en los que el aumento de las tasas de empleo tendría un mayor impacto potencial sobre la tasa de empleo general del país, y que deberían redoblar los esfuerzos para los colectivos de mujeres y hombres entre 20 y 54 años, de mujeres entre 55 y 64 años, y de las personas poco cualificadas;

- entre las tendencias, 13 Estados miembros han aumentado la tasa global de empleo y 18 el empleo total; la tasa de empleo de los trabajadores de más edad ha aumentado en 24 Estados miembros, mientras que en 11 ha habido un retroceso en la inactividad y el trabajo a tiempo parcial;

- la educación, la formación, las aptitudes y el aprendizaje deben seguir siendo objetivo fundamental, ya que sigue habiendo retos (dependencia de los resultados de la procedencia socioeconómica y de la inmigración, escasa participación en el aprendizaje permanente, inadecuación de las cualificaciones); y es necesario mantener el esfuerzo sostenido para aplicar las reformas en estos ámbitos;

- dos terceras partes de los Estados miembros han obtenido buenos resultados en la participación en el mercado laboral de los migrantes de países terceros, los trabajadores de más edad y los peor cualificados, debiendo

centrarse en la integración en este mercado y en el aprendizaje de la lengua, en el caso de los migrantes, en la reforma de los sistemas de jubilación anticipada para los mayores, y en la mejora de la oferta de educación y formación profesional para los poco cualificados;

- sigue siendo esencial la lucha contra el desempleo juvenil, garantizando la calidad de las ofertas por parte de los SPE y la sostenibilidad de la integración en el mercado laboral, con el compromiso permanente con la GJ;

- el IRE señala los retos actuales y los escasos resultados positivos en las políticas activas del mercado laboral y las reformas de los SPE;

- persisten los retos en la lucha contra la segmentación del mercado laboral en algunos Estados miembros, muy heterogéneos por su relación con las leyes del despido, diferencias de trato fiscal, renovación de contratos o procedimientos en materia de litigios;

- los desafíos referidos al equilibrio entre vida privada y laboral deben abordarse para aprovechar el potencial sin explotar del mercado laboral, a través de los servicios de guardería o de atención a personas dependientes;

- existen pocos problemas relativos a la fijación de salarios y la evolución de los costes laborales, destacando las recomendaciones sobre los salarios;

- los actos relacionados con la prestación de los sistemas de Seguridad Social deben equilibrarse para prevenir la pobreza y promover la integración activa, ya que a pesar de los avances queda mucho por hacer.

El Consejo EPSSCO de 23.10.2017 aprobó también los mensajes clave del Comité de Protección Social sobre la situación social y las prioridades de la política social de la UE para afrontar los retos sociales fundamentales y orientar la preparación del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2018, a partir del IRPS 2017, que se formulan en los términos siguientes:

- la última actualización del IRPS señala que continuará la evolución favorable de la si-

tuación social en la UE y propone las principales tendencias a vigilar (aumentos de la renta familiar disponible y disminución del riesgo de pobreza o exclusión social con descensos significativos en la tasa de privación material grave y el porcentaje de población que vive en hogares con casi todos sus miembros desempleados; reducción del desempleo a largo plazo y de la exclusión juvenil; mejora de la participación en el mercado laboral de los trabajadores mayores), dado el permanente deterioro del grado de pobreza y su persistencia, y que la insuficiencia de las prestaciones sociales y los aumentos de las desigualdades provocadas por la crisis no han empezado a cambiar de signo;

- según la evolución a más largo plazo, desde el inicio de la Estrategia Europa 2020 la situación en la mayor parte de los ámbitos sociales sigue siendo peor, a pesar de las recientes mejoras, y la UE sigue estando muy lejos de lograr el objetivo de reducción de la pobreza y de la inclusión social (1,7 millones más que en 2008, para un total de 118,8 millones de personas en situación de pobreza o exclusión social);

- el margen sustancial de mejora de las prestaciones a la población en edad laboral en casi la mitad de los Estados miembros, destacando en algunos la pobreza de los ocupados como un desafío social importante y las reformas en materia de integración social con iniciativas para conseguir que el trabajo sea rentable;

- los sistemas de protección social y el acceso a ellos adquieren más importancia al aumentar las nuevas formas de trabajo y deben adaptarse a las necesidades de protección de diversos tipos de trabajadores por cuenta propia y atípicos;

- en 2015 había 25 millones de niños en riesgo de pobreza y exclusión social, 700.000 menos que en 2014, una quinta parte de la población en esta situación, aunque para reducir la pobreza infantil y el ciclo de pobreza intergeneracional hacen falta estrategias integrales de prevención y ayuda;

- dado que las políticas de conciliación laboral y personal inadecuadas o mal concebidas contribuyen a la infrarrepresentación en el mercado laboral, menores salarios y

contribuciones a la seguridad social, y mayor riesgo de pobreza, de la mujer, se proponen licencias familiares flexibles y no transferibles, y fórmulas de trabajo flexibles que ayuden a conciliar vida familiar y responsabilidades profesionales a hombres y mujeres;

- la suficiencia y la integración de los sistemas de protección social constituyen un acto fundamental en la UE para afrontar las situaciones de pobreza o exclusión social de quienes están en situación de vulnerabilidad, mediante inversión social y planteamientos preventivos;

- subsisten diferencias importantes entre los Estados miembros en el acceso a la asistencia sanitaria de calidad por el envejecimiento de la población y otros factores (elevados costes de tecnologías y medicamentos innovadores), por lo que son necesarios mayores esfuerzos normativos para garantizar el acceso universal, asegurando su financiación adecuada y sostenible;

- sigue siendo prioritario el acceso a cuidados de larga duración, asequibles y de calidad, con mayor énfasis en la prevención, pasando de un enfoque reactivo a otro más proactivo para evitar la pérdida de autonomía y reducir la necesidad de estos servicios e impulsarlos, integrando los elementos de asistencia social y sanitaria;

- la reforma de las pensiones en los últimos años ha respondido a los efectos del envejecimiento, teniendo en cuenta su sostenibilidad y la posibilidad del aumento de la pobreza y la exclusión social entre las personas mayores, y la dimensión de género para atajar las diferencias en la de jubilación entre hombres y mujeres, muy elevada en muchos Estados miembros;

- la mejora de los sistemas de protección social para la prevención y la reducción de la pobreza y de la inversión social será fundamental para alcanzar el objetivo en 2020 y para impulsar la convergencia en la UE, por lo que los Estados miembros deben continuar sus esfuerzos y garantizar mejores resultados del gasto en protección social, así como maximizar los efectos positivos en un empleo de calidad y un crecimiento inclusivo.

2.6. Los aspectos sociales y el empleo de la Recomendación sobre la política económica de la eurozona

El Consejo EPSSCO de 7.12.2017 aprobó la contribución de los Comités de Empleo y de Protección Social sobre los aspectos sociales y de empleo de la Recomendación sobre la política de la política económica de la eurozona, incluida en el paquete de medidas económicas presentadas por la Comisión el 22.11.2017, en el marco del proceso del Semestre Europeo, para que los Estados miembros de la eurozona adopten medidas individual y colectivamente dentro del Eurogrupo en el periodo 2018-2019, señaladamente a la recomendación nº 3, relativa a “la implementación de reformas que fomenten la creación de empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y el acceso al mercado laboral, unas condiciones de trabajo justas y la protección e integración sociales, para lo que las reformas deben aspirar a lograr: contratos de trabajo fiables, que ofrezcan flexibilidad y seguridad a los trabajadores y a los empleadores combinados con un apoyo adecuado durante las transiciones y evitar la segmentación del mercado laboral; sistemas de educación y formación permanentes inclusivos, eficientes y de calidad para adecuar las capacidades a las necesidades del mercado laboral; políticas activas del mercado laboral eficaces que fomenten la participación en éste; sistemas de protección social adecuados y sostenibles que contribuyan durante todo el ciclo vital a la inclusión social y a la integración en el mercado laboral, respondiendo a los nuevos tipos de puestos de trabajo y de relaciones laborales; una movilidad laboral fluida entre empleos; un diálogo social efectivo y negociaciones salariales a nivel apropiado conforme a las particularidades nacionales; el desplazamiento de la fiscalidad del trabajo, especialmente para los trabajadores con bajos salarios y para la segunda fuente de ingresos familiares”, y a la nº 1, referida al “impulso de políticas que fomenten el crecimiento sostenible e integrador y a la mejora de la resiliencia, el reequilibrio y la convergencia; y a que los Estados miembros deben dar prioridad a las reformas que aumenten la productividad y el potencial de crecimiento, mejoren el entorno institucional y empresarial, y contribuyan a la creación de puestos de trabajo de calidad y reduzcan la desigualdad, mientras que los

que tienen déficits por cuenta corriente o deuda externa elevada deben contener los costes laborales unitarios y los que presentan grandes superávits por cuenta corriente deben promover el crecimiento de los salarios”.

3. EL EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA EN 2017

3.1. El alcance y la importancia de las políticas de la UE sobre el desempleo juvenil

A partir del Informe especial 5/2017 del Tribunal de Cuentas Europeo sobre si las políticas de la UE respecto del desempleo juvenil habían sido determinantes, el Consejo EPSSCO del 5.06.2017 adoptó unas Conclusiones del Consejo, en las que tras acogerlo con satisfacción, especialmente en cuanto al reconocimiento de los progresos en la aplicación de la GJ, a pesar de no haber alcanzado plenamente el objetivo de ofrecer una buena oferta de empleo a todos los jóvenes y ni-nis en el plazo de cuatro meses, considerando la heterogeneidad de este grupo, que exige esfuerzos intensos de las autoridades nacionales para establecer contacto con ellos, observa la mejora de la situación de los jóvenes en el mercado laboral desde la adopción de la GJ, que las tasas de desempleo juvenil y de ni-nis han disminuido considerablemente desde 2013, aunque continúan siendo elevadas, y que deben tenerse en cuenta las recomendaciones del Informe y proseguir los esfuerzos en la lucha contra el desempleo y la inactividad de los jóvenes y conseguir los objetivos de la GJ; reitera que luchar contra el desempleo y la inactividad juvenil siguen siendo una prioridad política, subrayando la petición del Consejo Europeo de diciembre de 2016 de continuidad de la GJ y su celebración del apoyo a la IEJ; reconoce los esfuerzos de la UE y de los Estados miembros en el seguimiento de la aplicación nacional de los sistemas de GJ por el Comité de Empleo en el marco del Semestre Europeo; agradece el apoyo de la Comisión a los Estados miembros y le anima a continuar colaborando con ellos para afrontar los principales problemas de su aplicación; recuerda que el Tribunal evaluó la GJ y la IEJ en las primeras fases de su aplicación y que deben

tenerse en cuenta las especificidades nacionales en el diseño y modificación de los planes nacionales de aplicación de la GJ para adaptarlos a sus circunstancias.

3.2. El Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente

La Recomendación del Consejo, de 22.05.2017, sobre el Marco Europeo de Cualificaciones (MEC) para el aprendizaje permanente (DOUE, C189, 15.06.2017), que deroga la Recomendación del PE y del Consejo de 23.04.2008, relativa a la creación de este Marco, recomienda a los Estados miembros que lo utilicen para: correlacionar los marcos o sistemas nacionales de cualificaciones y comparar los tipos y niveles de la Unión, revisarlos y actualizarlos con los niveles del MEC; garantizar que se ajustan a los principios comunes de garantía de calidad; fomentar los vínculos entre los sistemas de créditos y los marcos o sistemas nacionales de cualificaciones; adoptar medidas para que los nuevos documentos de cualificaciones expedidos por la autoridades competentes o los registros de cualificaciones contengan una referencia clara al nivel del MEC; poner a disposición del público los resultados del proceso de correlación y garantizar la accesibilidad de la información sobre las cualificaciones y sus resultados de aprendizaje; fomentar la utilización del MEC por los interlocutores sociales, los servicios públicos de empleo, los prestadores de educación, los organismos de garantía de calidad y los poderes públicos; y garantizar la continuación y la coordinación de las tareas ejecutadas por los puntos nacionales de coordinación del MEC; a la Comisión, en colaboración con los Estados miembros y con las partes interesadas en el Grupo consultivo para el MEC: respaldar la coherencia de la nueva aplicación del MEC en los Estados miembros; apoyar el desarrollo de metodologías para la aplicación de los resultados del aprendizaje y la creación de procedimientos voluntarios para la nivelación de las cualificaciones internacionales; elaborar orientaciones para la comunicación del MEC sobre el modo de presentar los niveles de éste en los nuevos certificados y diplomas; explorar posibilidades para el desarrollo y aplicación de criterios y procedimientos para facilitar la comparación de los marcos de

cualificaciones nacionales y regionales de terceros países con el MEC; establecer un aprendizaje y el intercambio de las mejores prácticas entre los Estados miembros y facilitar el asesoramiento entre ellos; y a la Comisión: garantizar que la aplicación de esta Recomendación se base en acciones financiadas por la UE y una gobernanza eficaz de la aplicación del MEC, manteniendo y apoyando al Grupo consultivo, creado en 2009, que debe garantizar la coherencia global y promover la transparencia y confianza en el proceso de correlación de los marcos o sistemas nacionales de cualificaciones; informar sobre los progresos tras la adopción de esta Recomendación; valorar y evaluar, en colaboración con los Estados miembros y tras consultar a las partes interesadas, las acciones emprendidas a partir de ella; e informar de aquí a 2022 al Consejo de la experiencia adquirida y las repercusiones para el futuro, incluida la posible revisión de la Recomendación.

3.3. Una estrategia de rentabilidad del trabajo

Tras el debate en la Reunión Informal de ministros de Empleo de 3 y 4.04.2017 sobre cómo hacer atractivo el trabajo, el Consejo EPSSCO de 15.06.2017 aprobó unas Conclusiones del Consejo sobre la necesidad de establecer estrategias de rentabilidad del trabajo para promover la creación de empleos de calidad y aumentar el carácter integrador de los mercados laborales, eliminando las barreras a la participación en ellos, luchando contra su segmentación y velando porque los sistemas de protección social ofrezcan complementos de ingresos y servicios de capacitación, fomentando la transición al empleo; y conseguir que trabajar sea rentable, conforme a las recomendaciones sobre políticas activas del mercado laboral, en las que la rentabilidad del trabajo se ve reforzada por las nuevas realidades socioeconómicas asociadas con la migración, la evolución demográfica, la digitalización, el empleo atípico y las nuevas formas de trabajo.

En ellas se subraya que: estas estrategias pueden contribuir a crear una Europa social más fuerte y adaptable, y a mejorar las posibilidades de empleo, la empleabilidad y el apoyo a la participación en el mercado laboral, y

deben seguir siendo prioridad en la actuación política de los Estados miembros; las medidas de rentabilidad del trabajo sostenibles y prolongadas exigen un enfoque multidimensional e integrado mediante la inversión en una mano de obra con conocimientos y capacidades, y el equilibrio entre la educación y la formación, la familia y la vida privada de las personas, haciendo más atractivo el empleo, garantizando una renta adecuada, a través del recurso a los regímenes fiscales y de protección social con medidas de activación eficaces, complementos de ingresos suficientes y acceso a servicios sociales de calidad y planteamientos individualizados y personalizados, y la inversión en estructuras de apoyo para conciliar la vida laboral, familiar y privada, y el diálogo social para el establecimiento de una legislación laboral con condiciones de trabajo justas.

Tras estas consideraciones introductorias, el Consejo pide a los Estados miembros que: redoblen sus esfuerzos para alcanzar las prioridades y objetivos de la Estrategia Europa 2020 y de las orientaciones para las políticas de empleo y apliquen políticas eficaces para atender a las recomendaciones específicas por país; estudien los resultados del IRE y del IRPS y de la supervisión multilateral de los Comités al concebir sus políticas; mejoren las reformas políticas sobre la rentabilidad del trabajo; apoyen la adquisición de capacidades, el reciclaje y el conocimiento en el diálogo sobre el futuro de las estrategias de rentabilidad del trabajo para afrontar la escasez de trabajadores cualificados y la inadecuación de las cualificaciones; mantengan niveles suficientes de protección social; intensifiquen sus esfuerzos para mejorar la calidad del empleo con condiciones de trabajo justas y salarios adecuados; estudien iniciativas para aumentar las rentas de los hogares con salarios bajos; promuevan la igualdad de género y la conciliación de la vida laboral, familiar y privada; y refuercen el diálogo social en la concepción y aplicación de políticas; a la Comisión, que siga apoyando el empleo y las cuestiones sociales en el Semestre Europeo y plasmando la Estrategia Europa 2020 en recomendaciones políticas para mejorar las condiciones laborales y de vida en la UE; y que aproveche los mecanismos de vigilancia existentes, sin crear nuevas obligaciones de in-

formación, apoyando el intercambio de experiencias y buenas prácticas; y a los Comités de Empleo y de Protección Social, que trabajen con la Comisión en el control multilateral y el intercambio de buenas prácticas en el marco del análisis temático de las políticas para la elaboración y aplicación de estrategias de rentabilidad del trabajo; y centren la atención en la empleabilidad, el vínculo entre los complementos de ingresos, la integración activa y el acceso a los servicios y los incentivos al trabajo con vistas al aumento de la participación en el mercado laboral.

3.4. La mejora de las capacidades de mujeres y hombres en el mercado de trabajo de la UE

En las Conclusiones del Consejo sobre la mejora de las capacidades de mujeres y hombres en el mercado de trabajo de la UE, adoptadas en el Consejo EPSSCO del 3.03.2017, tras recordar el Pacto por la igualdad entre hombres y mujeres (2011-2020) y el Compromiso estratégico para la igualdad de género (2016-2019) de la Comisión, así como la Nueva Agenda de Capacidades para Europa, tomar nota de la investigación del IEIG sobre “el aumento de las capacidades de las mujeres y los hombres en empleos precarios en la UE”, y reconocer la situación de desigualdad de las mujeres respecto de los hombres en el trabajo, en particular de las no cualificadas, la mitad de las cuales está fuera del mercado laboral frente a sólo un 27% de hombres, y de las mayores, próximas a la jubilación, que presentan un mayor riesgo de pobreza, y que tanto las mujeres como los hombres poco cualificados han tenido menos oportunidades de formación, se pide a los Estados miembros que:

- consideren prioritaria la eliminación de los obstáculos para la participación de las mujeres y los hombres en el mercado laboral, especialmente respecto de las capacidades, al aplicar la Estrategia Europa 2020 para alcanzar sus objetivos de tasa de empleo;

- intensifiquen sus esfuerzos para integrar la perspectiva de género en las políticas nacionales sobre capacidades y mercado laboral, incorporándola en los planes de acción nacionales o en el marco del Semestre Europeo, para: abordar las condiciones del trabajo precario;

promover la igualdad de oportunidades y la equiparación económica de mujeres y hombres; combatir y prevenir la discriminación de género en el mercado laboral, en el acceso y las condiciones de trabajo, reduciendo los frenos al empleo, en particular los desincentivos fiscales, promoviendo empleos de calidad y dotando a las mujeres y los hombres de las competencias necesarias, luchando contra la segregación profesional horizontal por sexo; y para mejorar la retribución en los sectores que emplean mayoritariamente a mujeres, proporcionando formación adecuada y específica y apoyo a mujeres y hombres inactivos, con poca cualificación y a los trabajadores con empleos precarios, facilitándoles la mejora de sus capacidades, garantizando la igualdad de acceso a la educación, la formación y la formación profesional de calidad y el aprendizaje permanente para todos, luchando contra los estereotipos y la discriminación por la edad en el empleo, y contra la discriminación y la explotación de los inmigrantes, mujeres y hombres;

- luchen contra la discriminación, la segregación y los estereotipos de género en la educación, la formación, y la orientación profesional;

- sigan analizando el abandono escolar desde una perspectiva de género y animen a los jóvenes, mujeres y hombres, especialmente a aquellos con bajos niveles educativos, a participar en programas de formación o aprendizaje para adquirir nuevas competencias y experiencia laboral, conforme a la Nueva Agenda de Capacidades para Europa;

- aborden la brecha de género en el empleo entre trabajadores próximos a la edad de jubilación, especialmente los desempleados de larga duración, que garantice la igualdad de oportunidades en el empleo;

- proporcionen servicios de asesoramiento específico con dimensión de género a mujeres y hombres inactivos con pocas cualificaciones, ofreciéndoles la oportunidad de convertirse en empresarios o de crear cooperativas;

- faciliten el reconocimiento de cualificaciones y competencias formales e informales y promuevan la validación del aprendizaje no formal e informal para reforzar la empleabilidad;

- faciliten la conciliación de la vida laboral, familiar y privada mediante prestación de servicios de asistencia de calidad, accesibles y asequibles, de forma que las personas con responsabilidades familiares puedan incorporarse o mantenerse en su trabajo y/o participar en oportunidades de formación;

- luchen contra el trabajo precario y mejoren las condiciones laborales mediante la aplicación de la legislación, apoyando e incentivando a las empresas en la gestión de medidas de conciliación y para que ofrezcan más formación en el trabajo;

- fomenten el diálogo social para reforzar la cooperación en la lucha contra la discriminación en la remuneración y las condiciones de empleo precario, y estudien la adopción de medidas que garanticen que la adjudicación de contratos públicos no generan situaciones de empleo precario para mujeres y hombres.

También pide a la Comisión Europea que : apoye a los Estados miembros en sus esfuerzos para incorporar la perspectiva de género en las políticas del mercado de trabajo y garantizar su integración en las políticas y medidas relacionadas con la mejora de capacidades en los ámbitos del aprendizaje permanente y del mercado laboral; promueva programas y políticas que atiendan a las diferentes circunstancias y necesidades de las mujeres y los hombres, en particular de los progenitores y cuidadores con empleos precarios, y mejore el acceso a medidas favorables a la familia, modalidades de trabajo flexible y servicios de cuidado de niños y personas dependientes, animando a utilizar los permisos de paternidad y parentales; financie y apoye iniciativas de sensibilización sobre la igualdad y los derechos laborales de mujeres y hombres, y las ventajas del aprendizaje permanente para orientar y ayudar a las personas poco cualificadas a mejorar su empleabilidad.

3.5. El futuro del trabajo: facilitar la digitalización

En relación con este tema el Consejo EPSSCO del 7.12.2017 adoptó unas Conclusiones del Consejo. En ellas, invita a los Estados miembros, la Comisión y los interlocutores sociales a asumir las nuevas formas de

empleo, garantizando al tiempo condiciones laborales dignas, protección social adecuada e igualdad de oportunidades para todos, examinando las oportunidades de desarrollo tecnológico para ampliar la participación activa y luchar contra la discriminación y la exclusión del mercado laboral, y evitar condiciones de trabajo precarias, combatiendo la utilización abusiva de contratos atípicos; a reforzar la capacitación mediante la información y el aprendizaje mutuo sobre el futuro del trabajo, y a utilizar los instrumentos existentes, los que se creen o actualicen para gestionar las políticas de empleo, protección social y desarrollo de capacidades; y a estudiar la manera de ayudar y orientar a las personas en tránsito entre dos empleos y diferentes formas de empleo, con medidas de apoyo a la activación y a los ingresos y el acceso a servicios de apoyo (educación, formación y aprendizaje permanente); a los Estados miembros y la Comisión a que tengan en cuenta los cambios en las formas de empleo y las políticas sociales, respetando la igualdad de género; a los Estados miembros a que sigan asegurando un nivel alto de protección social para todas las formas de empleo para que trabajar sea rentable, y a que trabajen por la accesibilidad y flexibilidad de los sistemas de aprendizaje permanente animando a invertir en aprendizaje a los empresarios, introduciendo y ampliando los mecanismos para el reconocimiento del aprendizaje no formal e informal en el mercado laboral; a los Estados miembros y los interlocutores sociales, en cooperación con la Comisión, a seguir desarrollando mecanismos de previsión en materia de capacidades para anticiparse a la aparición de nuevos empleos y a los cambios en los existentes; y a los interlocutores sociales, en la UE y en los Estados miembros, a concienciar de los posibles beneficios y riesgos de la aparición de nuevas formas de empleo, y en los Estados miembros, a asegurar la representación en el diálogo social de quienes trabajan bajo las nuevas formas de empleo.

3.6. La integración profesional de los refugiados

El Consejo EPSSCO del 5.06.2017 aprobó el Dictamen del Comité de Empleo sobre la integración profesional de los refugiados, ante la avalancha de nacionales de países terceros que entraron en la UE en 2015 y a principios

de 2016, la mayoría varones jóvenes con una proporción relativamente alta de menores, que ha aumentado los retos para las políticas de la UE en este ámbito, a fin de facilitar asesoramiento político a sus responsables, proponiendo las siguientes orientaciones políticas a los Estados miembros que deben: intentar tomar medidas lo antes posible a partir de la llegada con continuidad y flexibilidad; realizar una evaluación sistemática de las capacidades y cuando sea posible reconocer las cualificaciones para evitar el despilfarro de capital humano que supone el empleo de trabajadores cualificados en trabajos no cualificados, inactivos o desempleados; proporcionar formación lingüística tan pronto como sea posible, adaptada a la situación personal, las capacidades y las cualificaciones de cada refugiado y combinarla con la práctica profesional; facilitar el acceso temprano y efectivo al mercado laboral y la integración de hombres y mujeres mediante el suministro de información básica sobre la sociedad del país de acogida, especialmente sobre el funcionamiento del mercado laboral y los principales interlocutores sociales para la búsqueda de empleo; ofrecer oportunidades de formación profesional y de mejora de las cualificaciones mediante la formación en el puesto de trabajo, e incentivos para la integración, la educación y el empleo, y proporcionar asistencia adecuada y específica en el proceso de integración; garantizar el acceso a otros servicios (de capacitación, vivienda, sanidad y cuidado infantil); y asegurar la sinergia entre los distintos niveles de las vías de integración (aprendizaje de la lengua, educación cívica, asistencia social, política de capacidades, activación del mercado laboral), y la coordinación adecuada entre los distintos niveles de la administración para garantizar resultados efectivos.

4. LAS RELACIONES LABORALES Y LAS CONDICIONES DE TRABAJO

4.1. El Pilar Europeo de Derechos Sociales

El Consejo EPSSCO del 15.06.2017 aprobó el Dictamen conjunto de los Comités de Empleo y de Protección Social sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales como continua-

ción del adoptado en el Consejo EPSSCO del 13.10.2016 (*Vid.* Revista MTMSS nº 137, págs. 522 a 524). En él, acoge satisfactoriamente la amplia consulta llevada a cabo sobre el documento de la Comisión, calificado de hito importante al colocar el empleo y la protección social como prioridad en la elaboración de las políticas de la UE y nacionales conforme a la Declaración de Roma, de marzo de 2017, abordando los desafíos del empleo y de las políticas sociales que Europa afronta en el siglo XXI; respalda el objetivo general de alcanzar una convergencia sostenible al alza de los resultados laborales y sociales, respetando el reparto de competencias del Tratado, la coherencia con el mercado interior, considerando la subsidiariedad y la proporcionalidad y la autonomía de los interlocutores sociales, destacando el protagonismo de éstos y de los Estados miembros, y el refuerzo de la función del diálogo social y que su aplicación debe tener en cuenta la necesidad de políticas económicas que fomenten la competitividad y un crecimiento sostenible e integrador; entiende que el Pilar, previsto inicial y principalmente para la eurozona, está abierto a todos los Estados miembros, invitándolos a participar activamente según las Conclusiones del Consejo Europeo de octubre y diciembre de 2013; reitera que los objetivos del Pilar y la Agenda Europea general sobre competitividad, coordinación macroeconómica y presupuestaria y la profundización en el mercado único deben ser coherentes, y que su aplicación debe basarse en los instrumentos y mecanismos de la Estrategia Europa 2020, el Semestre Europeo, la Estrategia Europea de Empleo y el Método abierto de coordinación social, evitando su duplicación; apoya el objetivo de mejorar la vigilancia y evaluación de la situación laboral y social y el cuadro de indicadores sociales (IRE e IRPS); y concluye que el Pilar sólo podrá lograr su propósito a través de un fuerte protagonismo de los Estados miembros bajo el liderazgo de los Ministros de Empleo y Asuntos Sociales, del Consejo EPSSCO, y que debía elaborarse una hoja de ruta para su proclamación interinstitucional.

El Consejo EPSSCO del 23.10.2017 aprobó el texto de la proclamación interinstitucional del Pilar Europeo de Derechos Sociales con el objetivo de servir de guía para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes en respuesta a los desafíos actuales y futuros para

satisfacer las necesidades esenciales de la población y garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales, destacando la importancia de hacer más hincapié en los resultados sociales y de empleo para aumentar la resiliencia y consolidar la UEM. Concebido en particular para la eurozona aunque dirigido a todos los Estados miembros: expresa los principios y derechos esenciales para el buen y justo funcionamiento de los mercados laborales y de los sistemas de bienestar en la Europa del siglo XXI; reafirma algunos de los derechos del acervo de la Unión y añade nuevos principios para abordar los desafíos derivados de los cambios económicos, tecnológicos y sociales, sin impedir que los Estados miembros o sus interlocutores sociales establezcan normas sociales más beneficiosas ni implicar la ampliación de las competencias y las tareas de la Unión establecidas en los Tratados; respeta la identidad nacional de los Estados miembros y la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local, y su derecho a definir los principios fundamentales de sus sistemas de Seguridad Social; y subraya el papel esencial del diálogo social en el refuerzo de los derechos sociales y del crecimiento sostenible e inclusivo y de los interlocutores sociales en su desarrollo y aplicación.

El Pilar Europeo de Derechos Sociales, firmado y proclamado el 17.11.2017 por los líderes de la UE, los presidentes de la Comisión, del Parlamento y del Consejo de la UE, en la Cumbre Social celebrada en Gotemburgo, dedicada a la promoción del empleo y el crecimiento equitativos (DOUE, C 428, de 13.12.2017), incluye veinte principios básicos, estructurados en tres capítulos, referidos a: la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado laboral (educación, formación y aprendizaje permanente; igualdad de género; igualdad de oportunidades; y apoyo activo para el empleo); las condiciones de trabajo justas (empleo seguro y adaptable; salarios; información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido; diálogo social y participación de los trabajadores; equilibrio entre vida profesional y privada; y entorno de trabajo seguro y adaptado y protección de datos); y la protección y la inclusión social (asistencia y apoyo a la infancia; protección social; prestaciones por desempleo; renta mínima; pensiones y prestaciones de vejez; sanidad; inclusión de las personas

con discapacidad; cuidados de larga duración; vivienda y asistencia para las personas sin hogar; y acceso a los servicios esenciales).

4.2. El desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios

El Consejo EPSSCO en las sesiones de 15.06 y 21.10.2017 siguió trabajando para la adopción de una Directiva modificativa de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.12.1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios.

Así, el Informe de situación sobre el estado de los trabajos desarrollados durante el primer semestre, examinado en el Consejo EPSSCO del 15.06.2017, recoge las cuestiones tratadas en este periodo sobre:

- la remuneración, la aplicabilidad de las normas y la legislación previstas en el Derecho nacional o en los convenios colectivos de eficacia general también a los trabajadores desplazados, introduciendo nuevos considerandos para aclarar la relación entre los conceptos de remuneración y de cuantía del salario mínimo; y su cálculo, simplificando la referencia a la competencia de los Estados miembros para establecer reglas en esta materia, con posiciones divergentes sobre la aplicación de cuantías de salario mínimo durante los primeros meses de desplazamiento sin determinar su duración, además de considerar precisa una aclaración adicional; y sobre la inclusión en ella de la cuantía de los complementos (gastos de viaje, alojamiento y manutención cuando el trabajador se desplaza temporalmente desde su lugar habitual de trabajo);
- el desplazamiento de larga duración, superior a 24 meses, de manera que se apliquen condiciones de trabajo y empleo de la legislación y los convenios colectivos del Estado miembro de acogida, excepto los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y rescisión del contrato de trabajo, frente a lo que un grupo de Estados miembros señalaron la conveniencia de: establecer una lista de normas laborales aplicables tras los primeros 24 meses y de excepciones, que para algunos habrían de incluir los regímenes complementarios de jubilación

profesional; suprimir la referencia a la duración prevista del desplazamiento, a los periodos de ausencia respecto de la duración efectiva del desplazamiento y a la duración acumulada del desplazamiento en el caso de instituciones; y de aclarar el concepto de mismo trabajo en el mismo lugar; y la obligación de publicar los elementos integrantes de la remuneración así como las condiciones aplicables a este tipo de desplazamientos en el sitio web nacional oficial, previsto en el art. 5 de la Directiva 2014/67/UE;

- los convenios colectivos, aplicables a todos los sectores de actividad, según la propuesta de la Comisión, frente a lo que algunos Estados miembros preferían que sólo se consideraran aquellos en los que el desplazamiento es significativo y habitual;

- la subcontratación, incorporando una nueva disposición por la que los Estados miembros que obliguen a subcontratar sólo con empresas que concedan a sus trabajadores determinadas condiciones de remuneración, incluidas las derivadas de convenios colectivos que no sean de eficacia general, podrán exigir la aplicación de esta obligación también a las empresas que tengan trabajadores desplazados en su territorio, rechazada por la mayoría de los Estados miembros y por la presidencia;

- los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, proponiendo la incorporación de la garantía de que la empresa usuaria proporcione información a las empresas de trabajo temporal sobre sus condiciones laborales cuando éstas sean de aplicación obligatoria a los trabajadores desplazados según el art. 5 de la Directiva 2008/104/CE, que recibió un amplio consenso, a excepción de dos Estados miembros partidarios de la igualdad de trato obligatoria entre los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y los trabajadores locales;

- la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva del sector del transporte internacional por carretera, con división de opiniones entre los partidarios de su regulación en la legislación sectorial específica y los de su mantenimiento en esta Directiva adoptando una legislación laboral específica para clarificar o mejorar su aplicación;

- la transposición, aplicación y revisión de la Directiva, respecto de la que algunos Estados miembros solicitaron más tiempo que los tres años propuestos para la transposición mientras que otros preferirían acortarlo.

El Consejo EPSSCO de 23.10.2017 adoptó una orientación general sobre la propuesta de Directiva después de los debates celebrados durante los primeros cuatro meses del segundo semestre, centrados en: los desplazamientos de larga duración, respecto de los que los Estados miembros se dividieron entre los partidarios de 24 o más meses y los de 12 o más meses, tras los cuales serían de aplicación las condiciones de empleo y de trabajo del Estado miembro de acogida; la fecha de aplicación de la Directiva, con propuestas de 2 a 5 años; los conductores desplazados en el sector del transporte por carretera, y la pretensión de algunos Estados miembros de incluir en esta Directiva la referencia a su relación con la ley especial aplicable a ellos, mientras que otros consideraban que las negociaciones sobre esta ley debían mantenerse aparte; y en la inclusión en la parte dispositiva de la Directiva de la regulación sobre el fraude y los abusos; fijando la duración efectiva del desplazamiento por encima de 24 meses, la transposición de la Directiva a más tardar dos años después de su entrada en vigor, el comienzo de la aplicación de las medidas derivadas de la transposición al término de un plazo de tres años desde la entrada en vigor, y la elaboración de un informe de la Comisión sobre su aplicación y cumplimiento a más tardar ocho años después de su entrada en vigor.

4.3. Protección de los trabajadores frente a la exposición a carcinógenos y mutágenos durante el trabajo

El Consejo EPSSCO del 15.06.2017 aprobó una orientación general sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo modificativa de la Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores frente a la exposición a carcinógenos y mutágenos durante el trabajo, y en la sesión del 7.12.2017, tras el acuerdo alcanzado en el Parlamento Europeo el 25.10.2017, adoptó el texto definitivo el 12.12.2017 (DOUE, L 345, de 27.12.2017), que afecta en particular

a los anexos I y III de la Directiva modificada, incorporando a este último nuevos valores límite de exposición y la referencia a la absorción a través de la piel de 7 sustancias carcinógenas (óxido de etileno, acrilamida, o-toluidina, hidracina, 1,2-epoxipropano, 2-nitropropano y 1,3-butadieno), además de revisar los valores límite para el cloruro de vinilo monómero y los serrines de maderas duras, continuando con la evaluación de la distinción entre éstos y los de maderas blandas; y añadiendo al primero una disposición sobre los trabajos que suponen exposición a aceites previamente utilizados en motores de combustión interna para lubricar y refrigerar los elementos móviles del motor, e incluyendo un valor límite para el polvo respirable de la sílice cristalina generado en un proceso de trabajo, estableciendo que a más tardar en el primer trimestre de 2019 la Comisión valore la posible modificación del ámbito de aplicación de la Directiva para incluir los agentes tóxicos para la reproducción y presente una propuesta legislativa.

4.4. Mejora de las condiciones de trabajo de la gente de mar

El Consejo EPSSCO del 7.12.2017 alcanzó un acuerdo político sobre la Directiva modificativa de la Directiva 2009/13/CE, relativa al Convenio sobre el trabajo marítimo 2006, aprobada en base al Acuerdo de los interlocutores sociales (Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF)) de 19.05.2008, de conformidad con las enmiendas al citado Convenio, aprobadas por la Conferencia Internacional del Trabajo de 11.06.2014, relativas a: la garantía financiera de la gente de mar frente al abandono, sin la manutención y la ayuda necesarias cuando el armador haya roto sus lazos con el marino, dejando de pagarle el salario durante un periodo de al menos dos meses; la seguridad financiera; las reclamaciones relacionadas con su muerte o la discapacidad prolongada como resultado de un accidente de trabajo, enfermedad o un riesgo profesional, que garanticen una indemnización; y la obligación de llevar a bordo del buque y exponer copia de los documentos acreditativos de esta garantía. Esta Directiva fue aprobada por el Consejo de 23.01.2018 (DOUE, L 22, de 26.01.2018).

5. LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR OTRAS CIRCUNSTANCIAS

5.1. La mejora del equilibrio de género entre los administradores de las empresas cotizadas

El Consejo EPSSCO de 15.06.2017 retomó los trabajos en relación con la propuesta de Directiva para mejorar el equilibrio de género entre los administradores de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, abandonados desde la sesión del 7.12.2015 (*Vid.* Revista MESS nº 132, págs. 370 a372) a fin de hacer balance de la situación de los mismos, constatando que si bien una mayoría de Estados miembros apoyaban la propuesta en los términos presentados en el Consejo EPSSCO citado, adaptando los calendarios previstos de aplicación, las fechas, los plazos de notificación y la cláusula de expiración, añadiendo un plazo adicional de dos años a cada uno de ellos, otros la rechazaban por no respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y uno tenía objeciones a la base jurídica.

5.2. La igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual

Los informes de situación del resultado de los trabajos para la aprobación de la Directiva fueron presentados en las sesiones del Consejo EPSSCO del 15.06 y 7.12.2017.

Así, durante el primer semestre de 2017 se trató: la inclusión de un considerando sobre discriminación por razón de sexo o identidad de género como factor agravante de los otros motivos; la discriminación múltiple, apoyada por la Comisión y por un gran número de Estados miembros siempre que hubiera coherencia; la discriminación por asociación con una organización dedicada al fomento de los derechos de las personas; el ámbito de aplicación, con inclusión explícita de los planes de pensiones reglamentarios complementarios en relación con el acceso a la protección social; y la discriminación contra parejas del mismo

sexo a las que se les hubieran concedido beneficios jurídicos asociados al estado civil; y en el segundo semestre de 2017: el concepto de discriminación múltiple, entendida como la basada en dos o más de los siguientes motivos: religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, y en determinadas circunstancias: sexo y origen étnico y racial, y producida también por la combinación de dos o más motivos que, considerados separadamente, no darían lugar a discriminación; los requisitos de la recogida de estadísticas para promover la recogida de datos sobre igualdad de trato y discriminación; y la inclusión en los considerandos de referencias a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, a las declaraciones políticas del Consejo sobre la discriminación y a la Recomendación sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales; concluyendo con la necesidad de seguir discutiendo sobre estos puntos, y sobre el ámbito de aplicación de la Directiva, ante la oposición de algunos Estados miembros a incluir la protección social y la educación, los aspectos pendientes del reparto de competencias y la subsidiariedad y la seguridad jurídica de las obligaciones que establezca la Directiva.

5.3. La conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y de los cuidadores

El Consejo EPSSCO de 7.12.2017 examinó el informe de situación de los trabajos desarrollados en relación con la propuesta de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y de los cuidadores y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE, presentada por la Comisión el 26.04.2017, con el objetivo de mejorar el acceso en toda la UE a las medidas de conciliación de la vida familiar y profesional, como los permisos (parental, de 4 meses intransferibles, por hijos como mínimo de hasta 8 años, con una prestación equivalente a la de la baja por enfermedad para los meses intransferibles y una remuneración o prestación económica adecuada para los meses transferibles; de paternidad, de un mínimo de 10 días laborales, calculado en proporción a la jornada laboral, con una remuneración equivalente a la prestación que se reciba en caso de baja por enfermedad o una prestación económica ade-

cuada, que deberán determinar los Estados miembros o los interlocutores sociales; y para cuidadores, de 5 días laborales como mínimo, para los trabajadores que tengan un familiar que necesite cuidados como consecuencia de una enfermedad grave, un problema médico serio o una discapacidad) o las modalidades de trabajo flexible, para los progenitores y los cuidadores que trabajan, y aumentar la frecuencia con la que los hombres se acogen a permisos relacionados con la familia, para favorecer una mayor participación de la mujer en el mercado laboral.

En el informe se constata la oposición y reserva de muchos Estados miembros a definir unas remuneraciones mínimas del permiso para cuidadores, parental o de paternidad, y a su vinculación a la prestación correspondiente a la baja por enfermedad, dado el objetivo de la Directiva de promover la conciliación de la vida, laboral, familiar y privada; y se propone que los organismos de fomento de la igualdad existentes responsables de la promoción, análisis, seguimiento y apoyo de la igualdad de trato entre todas las personas, sin discriminación por razón de sexo, se ocupen de las cuestiones de esta Directiva sin perjuicio de las competencias de las inspecciones de trabajo.

Como conclusión, se propone seguir examinando a nivel técnico las cuestiones relativas a: el establecimiento de un nivel de prestación como punto de referencia respecto del permiso de paternidad, si se debe ofrecer a los Estados miembros la posibilidad de fijar un límite próximo a esta prestación y en caso afirmativo con qué límites; el permiso para cuidadores, su ámbito de aplicación y su remuneración; y el permiso parental, concretamente, la edad de referencia del hijo, cuántos meses deberían ser intransferibles, la cuantía de la remuneración, al ofrecimiento a los Estados miembros de la posibilidad de fijar un límite máximo para la prestación y en caso afirmativo con qué límites.

5.4. Refuerzo de las medidas para reducir la segregación horizontal de género en la educación y el empleo

El Consejo EPSSCO de 7.12.2017 adoptó unas Conclusiones del Consejo sobre el re-

fuerzo de las medidas para reducir la segregación horizontal de género en la educación y el empleo, en el contexto de la actuación consecutiva a la Plataforma de Acción de Beijing, en las que:

Invita a los Estados miembros a: elaborar y aplicar políticas con un enfoque de igualdad de género para luchar contra la segregación de género en la educación, la formación y el mercado laboral y propiciar un cambio estructural abordando la necesidad de combatir la discriminación, la segregación y los estereotipos de género y promover la igualdad de género durante toda la vida en todos los niveles de educación y formación y en la orientación profesional; tomar medidas para capacitar y animar a mujeres y hombres a escoger ámbitos educativos y profesiones según sus intereses y capacidades en terrenos generalmente asociados al otro sexo, combatiendo los estereotipos sexuales y otros prejuicios de género, aumentando el atractivo de los ámbitos CTIM y S6EB para los estudiantes de ambos sexos, alertando de las oportunidades de empleo actuales y futuras en ellos, creando vínculos más estrechos entre las escuelas y los centros de trabajo y creando o financiando incentivos específicos y estructuras de apoyo para alentar a mujeres y hombres a acceder y mantenerse en los ámbitos donde está más representado el otro sexo, y promover el aprendizaje permanente para garantizar la posibilidad de cambiar de carrera profesional; y tomar medidas para abordar las causas de la brecha salarial y de las pensiones relacionadas con la segregación de género; a la Comisión y a los Estados miembros a: intensificar los esfuerzos para integrar la perspectiva de género en las competencias y en las políticas del mercado laboral a escala nacional y de la UE y para dotar a mujeres y hombres de las adaptadas a las exigencias del mercado laboral actual y futuro necesarias para acceder a puestos de trabajo de calidad; tomar medidas que favorezcan la eliminación de la segregación en las políticas para abordar la escasez de mano de obra y para que las mujeres y los hombres se beneficien por igual de todas las oportunidades de empleo; supervisar las políticas de mercado de trabajo y de educación desde una perspectiva de género y tomar medidas para que el aumento de la tasa de empleo de las mujeres no suponga aumento

de la segregación horizontal o de la brecha salarial, intensificando los esfuerzos para la financiación de las políticas dirigidas a su reducción, utilizando los recursos y programas de la UE, incluidos los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos; garantizar que las políticas de educación y formación profesional contengan medidas para reducir la segregación en el empleo y que los fondos educativos nacionales y de la UE se utilicen para apoyar la presencia de mujeres y hombres en puestos de trabajo y en profesiones en los que el sexo opuesto esté sobrerrepresentado; tomar medidas para reducir la brecha de género en el sector de la TIC, animando a los empleadores a prestar atención a la igualdad de oportunidades profesionales de mujeres y hombres; facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y privada; hacer un seguimiento periódico de indicadores del Anexo I, supervisar los avances, analizar sus resultados y tomar medidas adicionales; y seguir propiciando la dimensión de género del Semestre Europeo conforme a los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales y las medidas de la Comunicación de la Comisión para promover la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores; y a la Comisión Europea a: animar a los Estados miembros, los interlocutores sociales y las partes interesadas a intensificar los esfuerzos para reducir la segregación horizontal de género, y apoyar iniciativas para establecer programas con este fin en ámbitos específicos, ponerlos a prueba y evaluar sus efectos; favorecer la cooperación entre los Estados miembros para facilitar el aprendizaje mutuo y el intercambio de mejores prácticas; supervisar desde una perspectiva de género la utilización de las inversiones y la financiación de la innovación para evitar el refuerzo de estereotipos y reducir la segregación; y aplicar las medidas del Plan de Acción de la UE 2017-2019 para colmar la brecha salarial, y seguir recopilando datos sobre ella y sus consecuencias en los ingresos y las pensiones.

En el Anexo I se recogen los indicadores sobre segregación de género en la educación, la formación y el mercado de trabajo en las esferas de: la educación y capacitación de las mujeres (proporción de mujeres y hombres graduados en educación superior y formación profesional en los ámbitos de la ciencia, la

tecnología, la ingeniería y las matemáticas, y la sanidad, la educación y el bienestar social respecto a todos los graduados); las niñas (rendimiento en matemáticas y ciencias de las chicas y chicos de 15 años; y proporción de todas las chicas y chicos de esta edad y de aquellos con mejor rendimiento en ciencias que aspiren a trabajar en profesiones relacionadas con la ciencia cuando tengan 30 años); la mujer y el medio ambiente (proporción de mujeres y hombres entre los graduados de educación superior respecto de todos los graduados en ciencias naturales y tecnológicas) y la mujer y la economía (segregación de género del sueldo medio bruto por hora de mujeres y hombres empleados en los cinco sectores de la industria y en las cinco categorías profesionales con el mismo número de mujeres y de hombres empleados; brecha salarial en categorías profesionales de gestión; y proporción de mujeres y hombres en profesiones de los ámbitos CMM y SEB).

6. SEGURIDAD SOCIAL, PROTECCION SOCIAL Y POLÍTICA SOCIAL

6.1. Modificación del Reglamento de coordinación de los sistemas de Seguridad Social

La propuesta de modificación del Reglamento (CE) 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el Reglamento 987/2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, adoptada por la Comisión el 15.12.2016 como parte del Paquete de movilidad laboral 2016 para continuar el proceso de modernización del Derecho de la UE en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, facilitando el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, garantizando la claridad jurídica, una distribución justa y equitativa de la carga financiera entre los Estados miembros, la simplificación administrativa y medidas para garantizar el cumplimiento de las normas, en respuesta a la realidad social y económica de éstos, fue debatida en las sesiones del Consejo EPSSCO de 3.03, 15.06, 23.10 y 7.12. 2017, centrándose en los cuatro ámbitos de coordinación a mejorar: el acceso a las prestaciones sociales solicitadas

por ciudadanos de la UE que no ejerzan una actividad económica, de modo que las personas que no trabajen o no busquen empleo activamente sólo tendrían derecho a la residencia cuando dispongan de medios de subsistencia y amplia cobertura de salud y los Estados miembros podrán limitar la igualdad de trato en el caso de las prestaciones especiales en metálico no contributivas como si se tratase de prestaciones de asistencia social según la Directiva 2004/38/CE; las prestaciones de cuidados de larga duración, introduciendo un capítulo distinto del de la enfermedad en el que figuran hasta ahora, incluyendo una definición de cuidados de larga duración y de las prestaciones en un nuevo anexo del Reglamento 883/2004, garantizando un reparto equitativo de la carga entre los Estados miembros, y claridad y transparencia para los ciudadanos, las instituciones y las partes interesadas; las prestaciones por desempleo en casos transfronterizos; y las prestaciones familiares sustitutivas de los ingresos durante el periodo de educación de los hijos, consideradas como derechos individuales y personales del progenitor y no como una prestación familiar; además de aclarar las normas en materia de conflicto entre la legislación aplicable y la relación entre los reglamentos citados y la Directiva 96/71/CE, reconocer nuevos poderes de ejecución a la Comisión según el art. 291 TFUE para especificar mejor un enfoque uniforme para la expedición, la verificación y la retirada del certificado sobre la legislación aplicable en materia de Seguridad Social al titular; y una serie de modificaciones técnicas sobre la prioridad de los derechos derivados a las prestaciones por enfermedad, el reembolso de los costes de reconocimientos médicos, el cálculo de los costes medios anuales de las prestaciones de enfermedad, la introducción de medidas para facilitar la detección de los fraudes o errores en la aplicación de los reglamentos, y la revisión de los procedimientos para cobrar las prestaciones de Seguridad Social pagadas indebidamente ajustándolos a lo establecido en la Directiva 2010/24/UE, y las actualizaciones técnicas periódicas para reflejar los cambios en las legislaciones nacionales que afectan a la aplicación de las normas de la UE; y conceder nuevos poderes a la Comisión para adoptar actos delegados según el art. 290 TFUE, para facilitar y acelerar el procedimiento legislativo para modificar los anexos

específicos por país del Reglamento 883/2004.

En base a esta propuesta, el Consejo EPSSCO de 3.03.2017 celebró un debate sobre: si la codificación de la jurisprudencia reciente sobre el acceso de los ciudadanos que no ejercen una actividad económica a las prestaciones de Seguridad Social en el Estado miembro de acogida contribuirá a proporcionar más claridad jurídica; la cooperación entre las instituciones y los organismos de inspección de trabajo para garantizar que las autoridades nacionales dispongan de medios adecuados para comprobar la situación de los trabajadores desplazados y de otros trabajadores de elevada movilidad en relación con la Seguridad Social y para afrontar abusos o prácticas potencialmente injustas; si los cambios del documento portable A1 facilitan la aplicación de las normas de Seguridad Social existentes y sobre otras medidas que podrían contribuir a lograr este objetivo; si las modificaciones abordan adecuadamente los problemas (desequilibrio en la distribución de la carga económica, riesgo de pérdida de protección o de duplicación de pagos, falta de transparencia y de seguridad jurídica, desigualdad de trato ante situaciones comparables y factores que disuadan de trabajar o seguir trabajando en otro Estado miembro) detectados en la evaluación de impacto; y si existen otros problemas no tratados en la propuesta.

El Consejo EPSSCO de 15.06.2017 conoció el informe de los trabajos sobre: la igualdad de trato y el acceso a ciertas prestaciones sociales por parte de ciudadanos móviles que no ejercen una actividad económica y a la legislación aplicable, constatándose el acuerdo sobre el alcance de la jurisprudencia del TJUE que permite a los Estados miembros disponer que el acceso a prestaciones especiales en metálico no contributivas que constituyen asistencia social esté supeditado a las limitaciones del art. 24 de la Directiva 2004/38/CE, y la discrepancia en cuanto al enfoque de la codificación, entre los Estados miembros favorables a no alterar el principio de igualdad de trato y recoger ésta en disposiciones individuales y los proclives a incorporar la codificación, incluida la jurisprudencia centrada en nuevos asuntos (Forey, Dano, Alimanovic y García-Nieto, y Comisión/ Reino Unido); la inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento de los

apátridas y refugiados y de los miembros de sus familias y sus supervivientes que no cumplan las condiciones de residencia legal, según otras disposiciones de la Unión; la legislación aplicable, abordando la cuestión de diferenciar o no entre trabajadores desplazados y enviados, para aportar más claridad jurídica a la terminología de la Directiva sobre desplazamientos y a este Reglamento, en relación con la prohibición de sustitución y sus excepciones, permitiendo la de los trabajadores enviados por trabajadores por cuenta propia, siempre que el tiempo total de trabajo o actividad no supere los 24 meses; la sustitución de la referencia al Estado miembro en el que está establecido el empleador por el Estado miembro de origen, aclarando que al realizar una actividad en más Estados miembros el trabajador por cuenta ajena debe estar sujeto a la legislación del Estado miembro en que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, sólo mientras lleven a cabo una actividad sustancial en dicho Estado miembro, pues en los demás casos el trabajador estará cubierto por la legislación del Estado miembro en el que el empleador tenga su centro de interés o de actividad, y cuando trabaje por cuenta ajena o por cuenta propia y esté sujeto a la legislación de dos o más Estados miembros queda sujeto a la legislación de Seguridad Social del Estado miembro de la sede o domicilio del centro de interés de su actividad, como si fuera su Estado de residencia; y la exigencia de afiliación previa a la legislación del Estado miembro de origen durante un periodo de al menos tres meses antes de cumplir los requisitos para ser enviado; la obligación de las autoridades competentes para promover la cooperación entre ellas y las inspecciones de trabajo a escala nacional; los actos de ejecución; el papel de la Comisión Administrativa, su aportación al trabajo de la Comisión y la relación entre sus decisiones no vinculantes y el carácter jurídicamente vinculante de los actos de ejecución; la definición de fraude; el valor jurídico de los documentos y justificantes emitidos en otro Estado miembro; y la liquidación de las prestaciones en metálico y en especie y las cotizaciones pagadas indebidamente; concluyendo que habría que proseguir los trabajos sobre el alcance de la codificación de la jurisprudencia, el contenido de los documentos emitidos y su validez, con el compromiso de las autoridades competentes de

acatar el dictamen del Comité de Conciliación sobre la retirada o declaración de invalidez de estos documentos.

El Consejo EPSSCO del 28.10.2017 adoptó una orientación general tras debatir sobre: el ámbito de la igualdad de trato y la incorporación o no de la codificación de la jurisprudencia reciente, en todo o en parte, y el ámbito de la legislación aplicable, tratando de la afiliación previa y del periodo de tiempo entre desplazamientos consecutivos, de las actividades realizadas en más Estados miembros, y de los efectos retroactivos de una decisión de retirada o rectificación de un documento.

El Consejo EPSSCO de 7.12.2017 adoptó una nueva orientación general parcial tras los debates técnicos del segundo semestre, centrados en: las prestaciones por cuidados de larga duración, incluyendo de forma diferenciada la definición de éstas, hasta ahora consideradas como prestaciones por enfermedad, distinguiendo las prestaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento de las que no lo están según la jurisprudencia del TJUE; adaptando los arts. 19,20 y 30 del Reglamento 883/2004 y el art. 25 del Reglamento 987/2009 a estas prestaciones, dividiendo las prestaciones en especie en dos apartados por su naturaleza específica; elaborando un nuevo anexo con la lista de estas prestaciones concedidas con arreglo a otros capítulos del título III del Reglamento 883/2004, en aplicación de las normas de no acumulación; y las prestaciones familiares, incorporando el concepto de prestaciones sustitutivas de ingresos para incluir las prestaciones individuales a los progenitores que no pueden aceptar un empleo al estar educando a un hijo; y distinguiendo en estas prestaciones dos categorías, según sus características especiales en los Estados miembros, así como una lista de prestaciones de carácter individual y otra de países que establecen excepciones a las normas anticúmulo y abonan la prestación en su totalidad.

6.2. Accesibilidad de las personas con discapacidad a los productos y los servicios

El Consejo EPSSCO del 15.06.2017 pasó revista a los trabajos desarrollados durante el primer semestre para la adopción de la Direc-

tiva sobre la aproximación de disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en cuanto a las exigencias en materia de accesibilidad aplicables a los productos y servicios de las personas con discapacidad, centrados en: aclarar el ámbito de aplicación de los productos y servicios cubiertos por el Acta Europea de Accesibilidad, añadiendo los lectores de libros electrónicos a los primeros, y los servicios para responder a comunicaciones de emergencia y tramitarlas, a los segundos, precisando que los servicios deben prestarse a consumidores, incluyendo nuevas definiciones (equipos terminales de consumo con capacidad de computación interactiva utilizados para acceder a servicios de comunicación electrónica, comunicación de emergencia, punto de respuesta de seguridad pública, servicio de emergencia, pequeñas y medianas empresas, equipos terminales de consumo, capacidad de computación interactiva, lector de libros electrónicos, sistema inteligente de expedición de billetes y expedición de billetes electrónicos) y suprimiendo la de diseño universal; remodelar completamente el art. 3 y el anexo I, en los que se definen los requisitos de accesibilidad con aclaraciones de los referidos al sector del transporte, mientras que la presidencia exige de este requisito a las microempresas que ofrecen servicios, en atención al elevado impacto del coste; la redacción de los artículos sobre las obligaciones de los operadores económicos que tratan con productos y los prestadores de servicios, sustituyendo las referencias a la accesibilidad relacionada con un riesgo por la no conformidad con los requisitos de accesibilidad aplicables, explicando su noción; aligerar la carga de los operadores económicos al limitar la accesibilidad sólo a algunos de los terminales de autoservicio y el periodo de conservación de documentación a 5 años, y ampliar el periodo transitorio hasta 15 años para los terminales de autoservicio frente a los 5 años fijado para otros productos que se utilizan en la prestación de servicios.

El Consejo EPSSCO de 7.12.2017 aprobó una orientación general en la que: se constata la aceptación del alcance del Acta de Accesibilidad en su redacción actual por la mayoría de los Estados miembros, la solución de los solapamientos con la legislación vigente de la UE, la reforma significativa del anexo I y la

adición de un nuevo anexo VI para aclarar los requisitos de accesibilidad tras los cambios relativos a la modificación sustancial y a la carga desproporcionada, en cuanto al procedimiento, proporcionando directrices claras a los operadores económicos y a las autoridades de vigilancia del mercado; se mantienen los requisitos de accesibilidad de los productos y los servicios a nivel funcional; y se añade un nuevo anexo I bis con ejemplos de cómo lograr los requisitos de accesibilidad del anexo I o cuál podría ser el resultado buscado, y un anexo IV, con los parámetros de referencia para realizar y documentar la evaluación de la carga desproporcionada.

6.3. La asistencia y la ayuda de proximidad para la vida independiente

El Consejo EPSSCO de 7.12.2017 adoptó unas Conclusiones del Consejo sobre la mejora de la asistencia y la ayuda de proximidad para la vida independiente en las que invita a la Comisión a: fomentar el debate y la reflexión sobre la transición a unos servicios de proximidad y facilitar la puesta en práctica de directrices europeas para pasar de una asistencia institucional a una de proximidad utilizando los fondos de la UE; seguir reforzando el intercambio de soluciones innovadoras y prácticas y experiencias entre los Estados miembros para ampliar la prestación de servicios de proximidad; y seguir apoyando las reformas estructurales y la experimentación de nuevos modelos y herramientas para la prestación de asistencia, financiando innovaciones y empresas que impulsen el desarrollo de la asistencia y la ayuda de proximidad y fomenten oportunidades para vivir de forma independiente; a la Comisión y a los Estados miembros a: iniciar y participar en un debate público sobre el aumento de la disponibilidad de opciones de asistencia y ayuda de proximidad para el desarrollo y la mejora de los servicios de proximidad; y supervisar el seguimiento de los Fondos y otros mecanismos de financiación de la UE para facilitar el tránsito de una asistencia institucional a una de proximidad; a los Estados miembros a: tomar medidas para reducir las soluciones de asistencia institucionales e impulsar la transición a una asistencia de proximidad fomentando y promocionando la vida a do-

micilio y la prestación de servicios de alta calidad; potenciar el desarrollo de servicios de asistencia de proximidad según las necesidades de las personas interesadas; facultar a sus autoridades para que desarrollen un apoyo personalizado innovador que incluya el derecho a elegir proveedor de servicios y la forma de asistencia; seguir apoyando el establecimiento y la disponibilidad del marco regulador, la infraestructura, el personal cualificado y los servicios necesarios que permitan una vida independiente con especial atención a los cuidadores que presten ayuda y asistencia de proximidad y a quienes trabajan en instituciones residenciales; fomentar mayores oportunidades educativas y de empleo, reciclaje y perfeccionamiento de las personas que han trabajado en instituciones residenciales y abordar las necesidades de empleo y de capacitación en el sector de los servicios asistenciales así como una formación adecuada para los cuidadores que presten ayuda y asistencia fuera de estas instituciones; y recopilar datos desglosados según los servicios prestados, la necesidad especial, el motivo de la estancia, edad y sexo, y sobre el número de personas que viven en distintos tipos de instituciones residenciales o reciben otras formas de asistencia; y al Comité de Protección Social a: seguir facilitando, en colaboración con la Comisión, la compilación y puesta en común de ideas, experiencias y prácticas en la evolución hacia un sistema de asistencia y ayuda de proximidad en el marco del método abierto de coordinación social; organizar revisiones temáticas de los avances y resultados logrados en la evolución hacia un sistema de ayudas de proximidad en el marco de la revisión por los homólogos; e iniciar el debate y explorar la posibilidad de elaborar indicadores comunes sobre la disponibilidad, asequibilidad y calidad de la prestación de cuidados de larga duración en diferentes formas de asistencia.

7. CONCLUSIONES DEL CONSEJO EUROPEO Y DE LA CUMBRE SOCIAL TRIPARTITA EN 2017

Como en años precedentes en 2017 el Consejo Europeo y la Cumbre Social Tripartita se pronunciaron sobre cuestiones relacionadas con el empleo y la política social de la UE.

Las Conclusiones del Consejo Europeo de 22 y 23.06.2017 refrendaron las Recomendaciones específicas por país 2017; las del de 19 y 20 10. 2017, a propósito de la Europa digital, señalaron que en los mercados laborales y los sistemas de educación y formación era preciso invertir en capacidades digitales para dotar a todos los europeos de facultades y medios; y las del de 14.12.2017, centradas en la dimensión social y en el seguimiento de la Cumbre Social de Gotemburgo, propusieron avanzar en: la implantación del Pilar Europeo de Derechos Sociales en la UE y los Estados miembros; facilitar el buen funcionamiento del diálogo social en todos los niveles, a través del nuevo comienzo de éste en la UE; el progreso rápido de los escritos sociales pendientes y la preparación para examinar las futuras iniciativas del programa de trabajo de la Comisión para 2018; tomar medidas consecutivas a las prioridades del Plan de Acción de la UE para abordar la brecha salarial de género; seguir impulsando la obtención de resultados de la Nueva Agenda de Capacidades para Europa, en especial a la aplicación de la Recomendación del Consejo sobre los Itinerarios de Mejora de las Capacidades dirigidas a las personas con mayores necesidades en esta materia.

La Cumbre Social Tripartita, de 8.03.2017, abordó el futuro de Europa, trazando el camino hacia el crecimiento, el empleo y la justicia, a través de hacer el trabajo rentable para

promover el empleo y la inclusión social, las nuevas formas de trabajo y el futuro de la industria, del Pilar Europeo de Derechos Sociales y del papel de los interlocutores sociales.

La Declaración de los líderes de los 27 Estados miembros, del Consejo, del Parlamento y de la Comisión de la UE con ocasión de la celebración del sexagésimo aniversario de los Tratados de Roma el 25.03.2017 señaló que en los diez próximos años se quiere una Unión segura, próspera, competitiva, sostenible y socialmente responsable, con la voluntad y la capacidad de jugar un papel clave en el mundo y en el proceso de globalización, en la que los ciudadanos tengan nuevas oportunidades de desarrollo cultural y social y de crecimiento económico; y el compromiso, conscientes de las preocupaciones de los ciudadanos europeos, para trabajar a favor de una Europa Social que, basada en el crecimiento sostenible, promueva el progreso económico y social así como la convergencia y la cohesión, manteniendo la integridad del mercado interior; tenga en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales y el papel clave de los interlocutores sociales; promueva la igualdad entre las mujeres y los hombres, los derechos y la igualdad de oportunidades para todos, y que los jóvenes reciban la mejor educación y formación profesional y puedan encontrar trabajo; y que luche contra el desempleo, la discriminación, la exclusión social y la pobreza.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

V. Recensiones y Bibliografía

Recensiones

EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA: PROBLEMAS Y SOLUCIONES

JOSE MARÍA MIRANDA BOTO (Coord.)
Ediciones Cinca, 2019, 653 páginas

1. La monografía que comentamos ha sido dirigida y coordinada por José María Miranda Boto, Doctor y Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Santiago de Compostela desde 2009. José María Miranda Boto centra el objeto de la obra en el estudio de la influencia del derecho social europeo y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación y desarrollo del derecho laboral español por los Tribunales españoles. Todo ello, a través del análisis, realizado por distintos colaboradores, coautores de la obra, de los principales conceptos jurídicos de naturaleza laboral abordados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La obra consta de veinticuatro comentarios, independientes pero interrelacionados en cuanto a la temática integradora del presente manual, consistentes en el estudio pormenorizado de la doctrina reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con distintas materias y elementos de índole laboral, dentro de los cuales podemos destacar, entre otros, el despido colectivo, el desplazamiento transnacional, las plataformas digitales, el desempleo, la temporalidad en la contratación... Tras este análisis conceptual emanado del Alto Tribunal Europeo, cada autor se centra en su progresiva aplicación y adaptación de la esfera normativa y judicial del Estado Español.

2. En primer lugar Javier Garate Castro, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Se-

guridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela, aborda “El impacto sobre el derecho del trabajo español de las sentencias del Tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por nuestros tribunales en cuestiones afectadas por la regulación de la unión sobre la política social”. Inicia el estudio haciendo un análisis de la progresión cuantitativa del planteamiento por parte de los jueces españoles de las cuestiones de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde el año 1986 hasta la actualidad. Afirma el autor que el número de cuestiones prejudiciales emanadas de órganos jurisdiccionales españoles se ha incrementado exponencialmente desde la entrada de España en la Unión Europea, consecuencia directa de la mayor formación de los jueces en materia comunitaria, y del reconocimiento expreso de la supremacía de las normas y principios de la Unión Europea sobre las legislaciones nacionales.

Javier Garate Castro finaliza el capítulo, analizando las principales modificaciones legislativas producidas en el derecho laboral español, motivadas por la aplicación, por parte de los jueces nacionales, de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El autor pone el énfasis en tres ejemplos destacados: la protección del trabajador en caso de insolvencia y el papel del FOGASA, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresa y el impacto del derecho comunitario sobre el despido colectivo en relación al ámbito de referencia, extinciones computables y prioridad de permanencia.

2. A continuación, Yolanda Maneiro Vázquez, Doctora y Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Santiago de Compostela analiza “El despido colectivo tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ¿Regulación legal o judicial?”. Yolanda Maneiro Vázquez afirma

que la resolución de un conflicto jurídico laboral ya no depende únicamente de la interpretación o aplicación del derecho interno sino también del adecuado encaje o la modificación que éste pueda experimentar por el derecho de la Unión Europea en el que se integra, lo que obliga a los Tribunales nacionales a reflexionar y aplicar en sus pronunciamientos los límites establecidos por el derecho comunitario.

Esta limitación ha tenido como consecuencia que diversas decisiones del Tribunal Europeo hayan obligado a replantear distintos conceptos del derecho laboral español, que hasta ahora se entendían como básicos y pacíficamente reconocidos. En esta línea, expone cual es la repercusión que determinadas sentencias del Tribunal de Justicia han producido en la regulación del despido colectivo en España en torno a la modificación de los siguientes conceptos: trabajador (sentencia Balkaya), despido y extinciones asimiladas (asuntos Pujante Rivera, Socha y Ciupa), motivos no inherentes a la persona del trabajador (asunto Checa Honrado y Porras Guisado), iniciativa del empleador (asunto Bichat), unidad de cómputo (asunto Wilson y Rabal Cañas). Concluye afirmando que la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de despido colectivo ha transformado decisivamente la interpretación y aplicación de su regulación interna, con modificaciones abundantes y de enorme calado, lo que hace necesario, en palabras de Yolanda Maneiro Vázquez, una urgente intervención legislativa que ofrezca seguridad jurídica a empresas, trabajadores y aplicadores de la ley, que deben dejar de ser “sustitutos improvisados del legislador”.

3. María Desamparados Bohigues Esparza, Docente e investigadora en formación en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, trata un tema y de gran relevancia: “La impugnación individual de un despido colectivo y su difícil coordinación con la impugnación colectiva”. La autora, tras realizar un estudio pormenorizado de su regulación, destacando las insuficiencias y recovecos de la norma, así como el papel de los tribunales en su desarrollo, concluye que “*la dispersa ordenación de la impugnación individual de un despido objetivo en el marco de un despido colectivo y*

la subordinación de la que pende la acción impugnatoria del mismo, han creado un panorama legislativo dotado de una elevada inseguridad jurídica”. Afirma que las modificaciones realizadas por el poder legislativo no han sido suficientes, y que los vicios normativos han tenido que resolverse mediante pronunciamientos judiciales. La autora no descarta que la solución resida en el planteamiento por los jueces españoles de una cuestión prejudicial que permita al Tribunal Europeo establecer los límites del concepto.

4. Prosigue esta exposición Isabel Olmos Pares, Magistrada (Sala de lo social) del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, analizando “La prohibición de despido de la trabajadora embarazada en el contexto de un despido colectivo”. Sobre este particular la Magistrada plantea la siguiente controversia, que da punto de partida al estudio del concepto jurídico indicado: “*Si el empresario selecciona a sus trabajadores para contratarlos, ¿que le impide hacer lo mismo cuando despide si las causas son objetivas?*”. Responde a esta cuestión mediante el análisis de las fases del despido, en relación con la capacidad de selección de los trabajadores por el empresario, las causas, la protección que la legislación nacional otorga al empleado, las prioridades de permanencia y las preferencias derivadas de los criterios de asignación, detallando las consecuencias materiales de la vulneración de tales preceptos en materia de discriminación y derechos fundamentales.

Isabel Olmos Pares, a continuación, centra su comentario en el despido de la mujer embarazada, abordando el concepto de tutela preventiva y reparativa, todo ello en conexión con la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y la normativa comunitaria, poniendo especial hincapié en el concepto jurídico de la nulidad objetiva y automática del despido y la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios. La autora concluye, afirmando, que la normativa española no cumple con el nivel de protección exigido por la Unión Europea. Como solución la Magistrada propone que se establezca una expresa prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas, y una indemnización de daños y perjuicios como medida de prevención general.

5. María del Carmen Salcedo Beltrán, Profesora título de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, trata “La Europa social armonizada: ¿realidad o quimera?”. La autora coloca en un plano preferente el debate jurídico centrado en la homogeneización de los estándares de protección en la Unión Europea, las causas de la diversidad normativa y las posibles soluciones y beneficios. Además, hace una fundada crítica del valor que las propias instituciones europeas dan a la Carta Social Europea, la cual, a su modo de entender, está infravalorada, en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sobre este punto, realiza un detallado análisis de las divergencias existentes entre las diferentes organizaciones que existen a nivel europeo.

María del Carmen Salcedo Beltrán, concluye dedicando un último apartado a la Carta Social Europea, por considerarla centro de referencia común de los derechos sociales y sus garantías. Afirma que es posible que la quimera de una Europa social armonizada pase a ser una realidad. Argumenta la autora que esta armonización sólo puede conseguirse mediante el fortalecimiento de la Carta Social Europea, debiendo ser caracterizada como la “*Constitución Social Europea*”, pilar básico de cualquier política.

6. Por su parte, Mireia Llobera Vila, Doctora de la Universidad de Valencia, aborda el análisis de las “Nuevas normas sobre desplazamiento transnacional de trabajadores en el transporte por carretera ¿En qué consiste un “centro de explotación”?”. La autora aborda en un primer extremo el problema de la deslocalización de las empresas de transporte intracomunitario con el afán de abaratar los costes de personal así como los elementos inherentes e dicha instrumentalización jurídica, centrandó su estudio en la aplicación de la Directiva 2014/67/UE, Directiva 96/71/UE y el Reglamento 1071/2009.

La autora hace un análisis pormenorizado de las respuestas normativas y jurisprudenciales que tienen como finalidad acabar con las “empresas buzón”, y pone como punto de partida los conceptos de “centro de explotación y prestación característica” invocados por la normativa comunitaria.

7. Rafael Moll Noguera Personal Docente e Investigador en formación del Departamento de Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Valencia trata “La Libertad de empresa laboral en el ordenamiento jurídico europeo”. Partiendo de la concepción de la libertad de empresa como derecho fundamental o garantía institucional, el autor analiza su contenido específico en torno a su proyección en el ámbito laboral. Para ello sintetiza y explica los distintos ámbitos jurídicos en los que este derecho fundamental adquiere presencia y relevancia.

Como principales ámbitos jurídicos de la libertad de empresa destaca la libertad de contratación, libertad para ejercer una actividad económica o mercantil y la libre competencia, centrandó el estudio en la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace del término “contratación” como sinónimo equivalente de “negociación colectiva”. A fin de entender mejor la libertad de empresa el autor hace una exposición de la interrelación de este derecho fundamental con otras libertades reconocidas, destacando el derecho a ejercer una actividad económica, y su vinculación con las relaciones laborales y la negociación colectiva.

8. Emma Rodríguez Rodríguez, Doctora de la Universidad de Vigo aborda un tema de relevante actualidad: “la prestación de servicios a través de plataformas digitales: cambios en la organización del trabajo y en las relaciones laborales”. La autora resalta la existencia de una “tercera revolución industrial” marcada por una “subordinación absoluta del trabajador y de su estatuto profesional al empleo y a sus formas, y de éste a las políticas (macro) económicas” y a la digitalización de las estructuras productivas. Esta evolución viene a desencadenar una segmentación y fragmentación del trabajo, como consecuencia de su flexibilidad, que tiene como último resultado la precarización del empleo y el desbordamiento de los contratos y trabajadores atípicos.

La digitalización del mercado laboral, afirma Emma Rodríguez Rodríguez, dificulta el reconocimiento del empresario real e impide disgregar la naturaleza de la relación laboral, lo que ha obligado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a interpretar el concepto de

“relación laboral y trabajador”, y definir las “fronteras móviles del Derecho del Trabajo”. Muy acertadamente, la Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social hace un análisis detallado de los indicios, y variantes de esta práctica, en torno a la proyección del sistema de calificación contractual. Afirma que las principales consecuencias de este cambio evolutivo es la proliferación de los falsos autónomos y la deslocalización del actual contrato ordinario de trabajo.

Finalmente, destaca los puntos críticos de las plataformas digitales que usan las nuevas tecnologías como modelo de negocio y su papel dentro del sistema de negociación colectiva. Concluye proponiendo diversas propuestas, entre las que destaca, su regulación específica por el derecho comunitario.

9. Francisco Javier Hierro Hierro, Profesor titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad de Extremadura realiza un estudio sobre el despido y la incapacidad temporal: “A vueltas sobre la calificación del despido ante una situación de incapacidad temporal o enfermedad: ¿Nulidad o improcedencia? La posición de los Tribunales y la falta de respuesta unívoca.” Inicia el estudio desarrollando un análisis de los precedentes normativos y jurisprudenciales españoles que interrelacionan estos dos conceptos y su calificación, para después, posteriormente, centrarse en la evolución de la posición adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El autor en este punto pone el acento en la equiparación entre la enfermedad y la discapacidad (asuntos Chacón Navas y HR Danmark) y la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación (Asunto FOA).

Concluye Francisco Javier Hierro Hierro, tras elaborar una amplísima exposición sobre los diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo español, que las dudas albergadas por la discrepancia y diferencia en la doctrina impiden discernir con claridad cual es el resultado, si la improcedencia o la nulidad. Debiendo estar al desarrollo y análisis de los siguientes planteamientos para su calificación: Enfermedad duradera o de larga duración, extinción del contrato que suponga una discriminación, valoración sobre los ajustes

razonables a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades y que estos no supongan una carga excesiva para el empresario y por último la diferencia de trato sobre un objeto legítimo.

10. David Gutiérrez Colominas, Investigador Postdoctoral de la Universidad Autónoma de Barcelona, en relación con la temática anteriormente tratada, analiza los siguientes aspectos: ¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta del trabajador (art. 49.1.e)? Inicia su exposición mediante un estudio del tratamiento de las personas con discapacidad en el ámbito jurídico y estructural, poniendo el énfasis de la redacción en la Directiva 2000/78/CE. Posteriormente resalta la incidencia de la normativa comunitaria en el modelo español, y analiza las diferentes posturas en torno a la extinción del contrato de trabajo por concesión de las situaciones de gran invalidez e incapacidad permanente total o absoluta

El autor, concluye afirmando que es necesaria una modificación de la extinción del contrato de trabajo por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta poniendo como punto de partida el desarrollo de la “adaptación del puesto de trabajo” y en la obligatoriedad de realizar por parte del empresario ajustes razonables como control previo a la extinción.

11. Daniel Pérez del Prado, Profesor titular de la Universidad Carlos III de Madrid, se desliga de la temática anunciada en los expositivos previos, para realizar un estudio de el “Desempleo, discriminación y trabajo a tiempo parcial” a partir del Caso Espadas Recio. Para el autor, este asunto es un claro ejemplo de cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos viene reiterando que la regulación laboral y de protección social española en materia de contratación temporal y a tiempo parcial no se ajusta a los estándares mínimos de la Unión. Así, realiza su exposición centrandolo el estudio en los antecedentes y presupuestos marcados por el citado asunto, así como las

consecuencias directas que tuvo este pronunciamiento en la doctrina española

Los principales conceptos a tratar por el autor en este análisis son los conceptos de ocupación efectiva, trabajo efectivo y “ocupación cotizada”. Dota de especial importancia al concepto de “ocupación cotizada”, y concluye anunciando la necesidad de una reforma del sistema de protección social español en este sentido.

12. María Teresa Velasco Portero, Profesora titular de la Universidad Loyola Andalucía, aborda la temática de la igualdad y la discriminación, mediante la redacción del siguiente ensayo jurídico: “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de igualdad y no discriminación y su impacto más reciente en nuestro ordenamiento”. Destacar, brevemente, que la autora selecciona de forma especialmente acertada diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que abordan el estudio de la discriminación y la igualdad en sus distintas vertientes y modelos, centrandolo su estudio en la discriminación por razón de sexo y por enfermedad y discapacidad. Además analiza la vertiente de la discriminación por vulneración de la libertad de culto. Todo ello, poniéndolo en perspectiva con el impacto que la doctrina del Tribunal Europeo ha tenido en los pronunciamientos de los Tribunales españoles, y en la aplicación o modulación del derecho del trabajo.

13. Siguiendo en la línea anterior, a continuación M^a Teresa Marbán Pinilla, Profesora titular e Inspectora de Trabajo y Seguridad Social aborda “La no discriminación por razón de sexo en materia de prestaciones de Seguridad Social a la luz del TJUE”. Realiza un exhaustivo análisis de los antecedentes del tratamiento de la mujer por el sistema de Seguridad Social español, destacando que existe una gran desigualdad por razón de sexo en las prestaciones reguladas por la normativa aplicable, y concedidas a los trabajadores. Esta desigualdad, afirma la autora, está íntimamente ligada a la maternidad y a la reducción de jornada. Finaliza su estudio analizando la indemnización por accidente de trabajo y la prestación de jubilación en relación con el tema comentado.

14. Por su parte María José López Álvarez, Profesora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid desarrolla los puntos críticos de la “ordenación comunitaria del tiempo de trabajo”. Destaca que es necesaria la revisión de la normativa comunitaria en esta materia, y así lo ha confirmado la Comisión Europea mediante la apertura de un periodo de reflexión y un reexamen sobre el contenido de la Directiva 2003/88/CE.

La autora realiza un breve recorrido por aquellos puntos críticos que tienen mayores implicaciones en el sistema español: tiempo de trabajo vs tiempo de descanso, flexibilidad desde la perspectiva de empresa y trabajador y periodo de vacaciones.

15. Lucía Aragüez Valenzuela investigadora en Formación de la universidad de Málaga, retoma como núcleo central de su aportación el impacto de la revolución tecnológica en el derecho del trabajo: “El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el tiempo de trabajo: una especial referencia a la desconexión digital”. Las tecnologías de la información y de la comunicación, afirma la autora han generado un cambio en los modelos de trabajo y en la concepción de la figura del trabajador. El uso de plataformas digitales, internet, los sistemas de video vigilancia, firma electrónica, utilización de redes sociales... como elemento esencial de la prestación del servicio, genera modificaciones radicales en la forma de desarrollo del trabajo. Estas modificaciones necesitan ser reguladas de nuevo, sobre todo en relación con el tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE) y prevención de riesgos laborales, pues concluye Lucía Aragüez Valenzuela que esta transformación no entiende de fronteras ni límites.

La autora dota de especial relevancia al concepto de “desconexión digital”, como garantía del descanso en un escenario donde la principal protagonista es la digitalización de la prestación de servicios.

16. Nora María Martínez Yañez, Doctora y Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Vigo, continúa analizando el tiempo de trabajo en relación con la normativa y pronunciamientos comu-

nitarios, mediante el estudio del siguiente aspecto jurídico: “Trazando los contornos del tiempo de trabajo y descanso frente a los retos de la economía digital: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia”. De esta forma Nora María Martínez Yañez, partiendo de un exhaustivo desglose de la doctrina emanada por los asuntos Matzak y Tyco, pone de relieve la obsolescencia del concepto legal de tiempo de trabajo contenido en la Directiva 2003/88/CE y en el artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores, que circunscribe su definición y su cómputo al hecho de que le trabajador, tanto al comienzo como al final de la jornada, se encuentre en su puesto de trabajo. En este sentido afirma que tal referencia está desvinculada de la actual situación imperante en Europa y en España, pues existe un amplio repertorio de escenarios en los que el tiempo de trabajo no requiere permanencia en el puesto de trabajo.

Finaliza su examen, determinando que los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exigen un cambio de normativa, lo que obliga a depurar el ordenamiento jurídico de esta materia, brindando a las instituciones la oportunidad de establecer herramientas mejores para hacer frente a los desafíos de la economía digital.

17. Inés González González, Abogada de Ernst & Young, aborda “La temporalidad de los empleados públicos en España y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Últimos pronunciamientos jurisprudenciales.”. Inicia el estudio mediante el análisis de la regulación de la contratación temporal a nivel comunitario y a nivel interno, para después, examinar el marco jurisprudencial vigente y su impacto en la aplicación del ordenamiento español: asunto Diego Porras, asunto Martínez Andrés y Castrejana López y Pérez López y asunto Montero Mateos. En línea con la noción generalizada que estos pronunciamientos han provocado en el panorama jurídico español, concluye afirmando que es absolutamente necesaria una corrección de nuestro sistema, que debe ser protagonizada tanto por el poder judicial como por el poder legislativo.

18. Lidia de la Iglesia Aza, Abogada de Comisiones Obreras, muy en la línea de la temá-

tica previa, desarrolla la siguiente exposición: “Algunas consideraciones sobre el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la configuración del régimen jurídico del personal sanitario en España”. La autora realiza un impecable recorrido por la regulación de este estatuto de trabajo a nivel comunitario y nacional, centrándose en los diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el tiempo de trabajo. Destaca el asunto Sindicato de Médicos de asistencia primaria, el asunto Confederación Intersindical Galega y el caso Abdelkader Dellas. A continuación desarrolla un estudio muy completo sobre la diferencia de trato entre trabajadores con vínculo temporal y vínculo indefinido.

Concluye afirmando que estos pronunciamientos comunitarios han supuesto una auténtica revolución en el sistema español, con importantes modificaciones interpretativas y normativas, no obstante puntualiza, que en la mayoría de los casos, estas reformas se han desarrollado de forma insuficiente, y de forma absolutamente tardía.

19. Dolores Carrascosa Bermejo, Doctora Asociada en la Universidad Pontificia de Comillas y Universidad Complutense de Madrid, desarrolla los aspectos fundamentales de la circulación intracomunitaria de ciudadanos, mediante la redacción del siguiente punto expositivo: “La circulación de ciudadanos comunitarios inactivos y protección social ¿Sufre la UE de aporofobia?” Mediante este trabajo muestra como el derecho de libre circulación de ciudadanos comunitarios inactivos no se acompaña de un derecho consistente en la protección social. Afirma que la regulación del artículo 45 del TFUE y el reglamento UE/492/2011 no son garantía de eficacia, apostando la Comisión por su regulación mediante la Directiva 2014/54/UE. La autora, bajo su punto de vista, entiende que actualmente la libre circulación tiene un marco jurídico “aporofóbico”, es decir, y citando sus propias palabras “*con miedo al pobre más que al extranjero*”. Todo ello en relación con el impacto que esta movilidad de trabajadores inactivos pueda generar en el sistema de asistencia social y asistencia sanitaria, puntos que desarrolla excepcionalmente como colofón del expositivo.

20. José Manuel Pazo Argibay, Doctorando en Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, aborda “La exportación de la prestación por desempleo en el derecho comunitario y su incidencia en el ordenamiento español. A propósito de la sentencia Schiphorst”. Tras un análisis exhaustivo del supuesto Schiphorst y su vinculación con la normativa vigente, haciendo especial hincapié en los Reglamentos (CEE) 1408/71 y 883/2004, analiza muy acertadamente el efecto de la misma en el panorama jurídico español. La principal consecuencia que destaca es la relativa a la ampliación y prórroga del plazo de exportación de las prestaciones por desempleo.

21. Andrés Ramón Trillo García, Letrado de la Administración de la Seguridad Social, realiza el siguiente estudio: “Algunos problemas aplicativos en relación con la adquisición y liquidación de pensiones en España consecuencia del cómputo de cotización de otros estados en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación”. El punto esencial de su exposición se centra en el análisis de los problemas relativos al reconocimiento de periodos certificados en otro estado, destacando, entre otros, la ubicación de los periodos certificados en otro Estado por hijos nacidos en otro estado a efectos de la consideración de periodos de cotización asimilados por parto o por nacimiento de hijo y el reconocimiento como periodos cotizados a efectos del acceso a la pensión de jubilación anticipada de los periodos de seguro voluntarios certificados por un tercer estado (discordia entre el artículo 6 del Reglamento (CE) 883/2004 y los artículos 207.1.c) y 208.1.b) de la LGSS).

22. Milena Bogoni, Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Castilla y La Mancha, aborda “La transmisión de empresa, subrogación y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: una aproximación desde el derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia más reciente”. Analiza la labor de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva 2003/21/CE que ensalza el derecho de los trabajadores a conservar las condiciones que venían disfrutando con anterioridad al fenómeno sucesorio. Concluye afirmando que los pronunciamientos del Tribunal añaden valor al desarrollo nor-

mativo de los estados miembro, dotándoles de la oportunidad de crecer y madurar en un escenario jurídico multinivel como en el que nos encontramos en la actualidad. Finalmente aboga por desarrollar “*un mayor espacio a la negociación colectiva*” en España que permita recalibrar el baricentro de las tutelas de manera acorde con los cambios organizativos.

23. En esta misma línea, David Carvalho Martins Profesor invitado/Abogado Universidad de Lisboa - Facultad de Derecho, estudia “La transmisión de Empresas en Portugal: Balance y perspectivas del nuevo régimen legal ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. En este trabajo examina, de forma brillante las modificaciones que la jurisprudencia comunitaria ha generado en el ordenamiento jurídico portugués, en relación a la transmisión y sucesión de empresa. Centra su expositivo en los siguientes aspectos: el derecho de oposición a la modificación del empleador por el propio trabajador, la obligación de divulgar el contenido del contrato de transmisión mercantil firmado entre cedente y cesionario a la Inspección de Trabajo competente, trabajadores afectados y representación legal de los mismos, la responsabilidad solidaria del cedente durante un periodo de dos años, y la reglamentación colectiva.

24. La obra analizada nos da una perspectiva muy completa y fundamentada de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principales problemas de naturaleza laboral, así como su incidencia en la aplicación del derecho del trabajo y Seguridad Social de nuestro país. También muestra como la supremacía del derecho comunitario cada vez es más patente en los ordenamientos de los estados miembros, manifestándose como una medida correctora de las normativas nacionales a luz de la legislación y principios de la Unión Europea.

José María Miranda Boto ha sabido compaginar, de manera excelente, en esta obra, la exhaustividad del estudio jurídico con las principales preocupaciones que en materia laboral invaden el panorama actual del derecho del trabajo comunitario.

CARLOTA SOTOMAYOR VELASCO

Abogada

HISTORIA DE LA UNIÓN EUROPEA: DE LOS ORÍGENES AL BREXIT

DONATO FERNÁNDEZ NAVARRETE
ROSA M^a FERNÁNDEZ EGEA
Madrid, UAM Ediciones, 2018

La presente obra constituye una referencia clara y didáctica, que ofrece al lector -ya sea especialista, estudiante o simple interesado- una visión rigurosa del proceso de construcción europeo desde sus orígenes hasta las negociaciones de la salida del Reino Unido de la Unión Europea. Con un lenguaje preciso, tanto en lo económico como en lo jurídico e histórico, el autor explica por qué ocurrieron los hechos y en qué contexto se produjeron. Sin duda, la construcción europea, a pesar de su enorme complejidad, es un fenómeno histórico singular, que atrae el interés de todo tipo de público, ya sea de la Unión o de países terceros.

En efecto, el autor se adentra en un proceso en absoluto cerrado, por el que los Estados europeos se han ido incorporando voluntariamente a esa casa común que es la Unión, con independencia de su dimensión territorial y de su peso económico. En ella, sus miembros comparten soberanía y se comprometen a respetar los valores fundamentales que caracteriza a la sociedad europea: la democracia, la libertad, la justicia y el respeto por los derechos humanos.

La secuencia temporal que sigue el libro viene marcada por los grandes acontecimientos que se han sucedido en la corta pero intensa historia de la Unión. Dicha secuencia suele venir marcada por -o es consecuencia de- los Tratados constitutivos y de revisión.

La estructura de la obra objeto de recensión se ordena en torno a cinco partes, con un total de 12 capítulos. La primera parte, que comprende los dos primeros capítulos, trata los antecedentes históricos de la integración. En el capítulo 1, se ofrece un interesante análisis de la presencia de la idea de la unidad europea hasta la Segunda Guerra Mundial, resaltando las aportaciones de los principales personajes históricos que se pronunciaron sobre la unidad de Europa; así como de los dife-

rentes intentos de alcanzarla, incluso por la fuerza de las armas. Tales fueron los casos de Napoleón o de Hitler. En el capítulo 2, se estudia el corto pero intenso periodo que comprende los años 1945 y 1949, inicio de la Guerra Fría, cuando se produjo la reconstrucción de Europa (Plan Marshall) y tuvieron lugar los primeros proyectos de cooperación entre los Estados de la Europa Occidental.

La segunda parte engloba los capítulos 3 a 7. En ellos se analiza de manera sistemática la dinámica que ha seguido el proceso de integración, que viene marcado por los sucesivos Tratados constitutivos: el Tratado por el que se crea la primera Comunidad Europea (la del Carbón y del Acero), en 1952; los de Roma, de 1958; el AUE, de 1987; y los de la Unión Europea: Maastricht (1993), Ámsterdam (1999), Niza (2003) y Lisboa (2009), así como el fallido Tratado sobre el Proyecto de Constitución Europea. Cada uno de dichos Tratados, que se analizan con la necesaria profundidad y rigor, ha pretendido dar cobertura legal a uno o varios objetivos de importancia significativa en cada fase de la construcción europea. Al hilo de los mismos y en el transcurrir del tiempo, se han ido produciendo también las sucesivas ampliaciones que ha experimentado la Unión, que ha pasado, desde sus inicios y hasta el presente, de seis a veintiocho miembros (en tanto permanezca el Reino Unido). El proceso de incorporación de nuevos socios a la Unión aún no ha concluido: actualmente existen varios candidatos con los que ya se está negociando.

La parte tercera, que comprende los capítulos 8 y 9, se ocupa de la dimensión internacional de la Unión Europea, una de las cuestiones más complicadas de abordar a la vez que menos conocida. El capítulo 8 estudia tres aspectos básicos: en primer lugar, el marco conceptual y teórico de tales relaciones, de acuerdo con las competencias externas que los Estados atribuyen a la Unión (concepto y delimitación de la acción exterior de la Unión, tipos de competencias, tipología de los acuerdos, etc.); en segundo lugar, el ámbito y contenido de los acuerdos multilaterales (política comercial, de cooperación al desarrollo y ayuda humanitaria); y en tercer lugar, las competencias externas de la Unión en el ámbito de la cooperación, en concreto de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). El

capítulo 9 se ocupa de las relaciones bilaterales de la Unión con terceros países (o áreas económicas), que son muchos y variados. Tales relaciones se clasifican en varias categorías, según el significado de las mismas para la Unión. Así, se distingue entre acuerdos comerciales preferenciales, los que mantiene con otros países europeos no miembros de la Unión, la política de vecindad, los establecidos con América Latina, con la Comunidad de Estados Independiente (CEI) y países asiáticos, y con los países desarrollados no europeos

En una cuarta parte se integran los capítulos 10 y 11. En el capítulo 10 se estudian los principales logros políticos (último eslabón de la integración), económicos (mercado interior, PAC, cohesión económica, unión económica y monetaria, convergencia económica, etc.) y sociales (empleo, educación y cultura, protección del consumidor, etc.), que se han derivado de la integración europea y que, al mismo tiempo, constituyen la identidad misma de la Unión. Por su parte, en el capítulo 11 se pretende realizar una prospectiva sobre el futuro de la Unión. Para ello se han seleccionado una serie de cuestiones de gran trascendencia que la Unión tendrá que abordar en el corto y medio plazo. Entre ellas se encuentra el Brexit -la más inmediata y espinosa, que se estudia en detalle-; pero también la conclusión de la unión económica y monetaria -en situación profundamente afectada por la crisis económica-; la fijación de las fronteras exteriores de la Unión -en relación con los procesos de incorporación de nuevos miembros-; o el avance

en la integración política -en el marco de una nueva "Constitución" europea-.

La quinta y última parte del libro, de un solo capítulo -el 12-, trata sobre el marco institucional, las competencias, los actos jurídicos y los procedimientos que sigue la Unión; todo ello a la luz del Tratado de Lisboa que es el vigente actualmente. Este es básicamente un capítulo de consulta que puede y debe leerse de manera independiente del resto del libro y al cual el lector puede recurrir en todo momento para resolver las dudas que le puedan surgir en la lectura del libro. La evolución histórica que han seguido todas estas cuestiones, en cambio, se trata con cierta profundidad en la segunda parte del libro, consagrada al estudio de los Tratados.

Estamos ante una obra de referencia, lúcida y completa; de lectura fluida, que permite conocer los orígenes de la Unión Europea, la construcción de sus pilares y los engranajes que mueven su pesada maquinaria; en buena medida, causante de su actual crisis. Una obra necesaria para formar la mirada con la que atravesar el estado de incertidumbre que vive el proceso de construcción -y deconstrucción- de la Unión, y trascender hasta su identidad y la necesidad de su definitiva consolidación.

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la UAM

Bibliografía

ÍNDICE DE ARTÍCULOS SOBRE DERECHO SOCIAL COMUNITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO PUBLICADOS EN REVISTAS CIENTÍFICAS EN EL SEGUNDO SEMESTRE DE 2018 Y EL PRIMER SEMESTRE DE 2019*

ARETA MARTÍNEZ, M. “La eficacia del Derecho de la Unión Europea en materia de igualdad de trato y no discriminación laboral por razón de edad”, *Documentación Laboral*, Cinca/AEDTSS, nº 2, 2018.

En este artículo se valora la problemática de la discriminación por razón de edad en el contexto comunitario en el que se ha desarrollado. Así, se hace un análisis de la Directiva 2000/78/CE y de su concreto alcance, teniendo en cuenta el particular instrumento normativo que constituye. Tras este análisis, la autora analiza la problemática del establecimiento de una edad máxima para el ingreso en los diferentes cuerpos de seguridad, entendiendo que constituye un requisito que podría oponerse al Derecho comunitario, al hilo de la jurisprudencia interpretativa de la Directiva.

BALLESTER PASTOR, M.A. “La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, Cinca/AEDTSS, nº 3, 2018.

Un muy completo artículo acerca de la prohibición de discriminación por sexo en el ámbito de la Unión Europea, que ofrece una perspectiva diacrónica, valorando de forma cronológica los mecanismos de protección en tan sensible campo de actuación, y que finaliza con un atento análisis de la jurisprudencia europea actual. El estudio finaliza con algu-

nas breves reflexiones acerca de las nuevas perspectivas en materia de protección antidiscriminatoria, haciendo énfasis en el concepto de discriminación indirecta.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Contratos temporales e indemnización por cumplimiento del término: «de Diego Porras» vs. «Montero Mateos» y «Grupo Norte Facility»”, *Revista de Información Laboral*, Aranzadi, nº 7, 2018.

Con la atenta atención a los pronunciamientos judiciales a la que nos tiene acostumbrados el autor, en este artículo se aborda de forma cronológica la cuestión del régimen indemnizatorio de los trabajadores temporales a la luz de las sentencias recaídas en el ámbito nacional y comunitario desde la (inicial) sentencia del TJUE *De Diego Porras*. Se pone un especial énfasis en las cuestiones más problemáticas, como la posibilidad de aplicar tal doctrina a las empresas privadas, y se finaliza haciendo una breve reflexión sobre el papel de la cuestión prejudicial y cómo se viene utilizando por parte de los tribunales nacionales.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Sucesión de plantilla en contratos intensivos en mano de obra y aplicación del artículo 44 ET: efectos internos de la doctrina Somoza Hermo”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº 50, 2019.

* Elaborado por Pedro SÁNCHEZ PÉREZ. Contratado predoctoral. Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la UAM.

Como es sabido, tras la STJUE *Somoza Hermo* ha tenido lugar un cambio de línea jurisprudencial en el seno del Tribunal Supremo, obligada por la primacía del Derecho comunitario, cambio que afecta a las garantías aplicables a la figura de la sucesión de plantilla cuando ésta se produce por vía convencional. En este artículo se detalla la jurisprudencia previa a esta resolución, para después analizar la sentencia *Somoza Hermo* y hacer una breve descripción de sus aspectos fundamentales, finalizando con la STS de 27 de septiembre de 2018, que finalmente acoge en el ámbito nacional el cambio obligado por el pronunciamiento del TJUE, valorando críticamente esta resolución y señalando algunos elementos de su contenido que serán muy relevantes de cara al futuro.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Extinción de contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata: contornos de una posible discriminación a la luz de la Directiva 1999/70”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº 53, 2019.

A la luz de la doctrina comunitaria sobre indemnización por extinción de un contrato laboral temporal, el autor se plantea si resulta aplicable la solución que el TJUE ha venido dando en los últimos tiempos a una situación muy particular: la extinción contractual por finalización de una contrata. Y es que en estos casos, por virtud de la misma circunstancia, un trabajador indefinido percibirá una indemnización a razón de veinte días por año, mientras que un trabajador eventual por obra o servicio determinado percibirá únicamente una indemnización a razón de doce días por año. Este tratamiento, sin una razón objetiva que lo justifique debidamente, podría resultar discriminatoria a la luz del Derecho comunitario, y es éste el objeto de estudio, arrojando algunas pautas sobre esta problemática, que constituye el objeto de tres cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Galicia y pendientes de resolución.

CABEZA PEREIRO, J. “La normativa y la política de la OIT sobre el empleo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 434, 2019.

En este interesante artículo se analizan las normas supranacionales que tienen in-

fluencia sobre la política de empleo, poniendo un especial énfasis en el Convenio 181 OIT sobre las agencias privadas de empleo, que termina por considerar a estas entidades como instituciones plenamente operativas en la política laboral, sin sombra de duda sobre su actuación. Más allá de esta interesante cuestión, el autor analiza las tradicionales tensiones entre protección laboral y políticas económicas, desde un prisma internacional, dialogando con autores de tanta importancia como Hayek o Beveridge. Para finalizar, se realizan algunas consideraciones de la influencia que los instrumentos de la OIT han tenido sobre la normativa española.

CANAL FERNÁNDEZ, L. “Temporalidad y equiparación de las condiciones de trabajo de los funcionarios interinos a la luz del principio constitucional de igualdad y de la aplicación directa del derecho comunitario. El caso de la carrera horizontal regulada en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Actualidad Administrativa*, Wolters Kluwer, nº 9, 2018.

La judicialización de los eventuales problemas de discriminación de los trabajadores temporales viene siendo una constante a la luz de las últimas resoluciones del TJUE. En este artículo, se hace referencia al Auto TJUE de 22 de marzo de 2018 (asunto *Pilar Centeno Meléndez y Universidad de Zaragoza*, C-315/17), donde se entendió que -sin perjuicio de la valoración que correspondiera realizar al órgano judicial nacional- la exclusión de los funcionarios interinos del sistema de carrera horizontal podría resultar discriminatoria. Se analiza este fallo y se contextualiza en el panorama de tutela multinivel de los derechos laborales, abogando por un cambio legislativo que permita arrojar algo más de seguridad jurídica a tan compleja situación.

CHACÁRTEGUI JÁVEGA, C. “Videovigilancia en el lugar de trabajo y expectativa razonable de privacidad según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la sentencia de 9 de enero de 2018 (caso *López Ribalda contra España*)”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, nº 83, 2018.

La autora comenta la conocida STEDH *López Ribalda*, que supone otra vuelta de tuerca en el conflicto que surge entre el po-

der empresarial de vigilancia y control, de un lado, y la intimidad de los trabajadores, de otro. Esta resolución supone un cambio en la doctrina sobre el Derecho fundamental a la intimidad personal en el centro de trabajo, ofreciendo nuevos parámetros en el obligado juicio de proporcionalidad para solventar la concreta discrepancia suscitada en favor del empleador o del trabajador. Estos nuevos pronunciamientos, asimismo, conllevan ciertas consecuencias prácticas que no se dejan de lado en el artículo.

CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M. “Un nuevo pronunciamiento del TJUE en torno a la temporalidad en la relación funcional de carácter interino del personal docente (A propósito de la STJUE de 21 de noviembre de 2018)”, *Actualidad administrativa*, La Ley, nº 2, 2019.

El autor analiza la sentencia del TJUE citada, que versa sobre la cuestión de los profesores interinos a los que se contrata por cursos escolares y cuyos contratos de trabajo se extinguen al iniciarse el periodo vacacional. A la luz del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, el TJUE entiende que la diferencia de trato entre funcionarios fijos e interinos es consecuencia de la propia naturaleza de cada una de las relaciones suscritas, y en consecuencia resulta justificada. Esta posición contrasta con pronunciamientos previos del Tribunal Supremo resolviendo casos análogos, si bien la juridificación de unos asuntos y otros se ha llevado a cabo de forma diversa, lo que podría explicar los fallos contradictorios.

CONTRERAS HERNÁNDEZ, O. “A propósito de la Directiva 2014/95/UE y su transposición al ordenamiento español: ¿nuevos horizontes en materia de responsabilidad social empresarial?”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, nº 85, 2019.

El autor hace un estudio de las obligaciones empresariales que surgen a la luz de la Directiva 2014/95/UE. Tras el normal procedimiento legislativo, esta norma ha sido transpuesta por la Ley 11/2018, que impone a las entidades afectadas por su ámbito de actuación la obligación de incluir ciertas informaciones de carácter no financiero dentro de las publicaciones periódicas que deben reali-

zar. El ámbito subjetivo de la norma, así como las obligaciones que incluye, son objeto de atento estudio en este trabajo, poniendo especial énfasis en el carácter novedoso de un instrumento normativo como el que se comenta.

DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L. “Aspectos laborales en los acuerdos de colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y terceros Estados”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº 51, 2019.

En este trabajo, la autora se centra en un instrumento muy particular, que son los acuerdos de colaboración en materia pesquera que la Unión Europea rubrica con terceros estados. Estos acuerdos tienen, normalmente, previsiones en materia de empleo que resultan muy interesantes, lo que hace necesaria una visión transversal de todos ellos, prestando atención tanto a las características que comparten, como a las particularidades que establecen en algunas ocasiones.

DÍAZ LAFUENTE, J. “El reconocimiento de la identidad de género por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de junio de 2018, asunto C-451/16”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 427, 2018.

En este artículo se comenta una resolución del TJUE de carácter novedoso, porque el órgano judicial se debe enfrentar al concepto *identidad de género*. Se trata de cuestionar la legalidad de la inaplicación de una norma que establece la posibilidad de que las mujeres casadas accedan a la jubilación a una determinada edad, si bien tal posibilidad de rechaza para una persona transexual que no ha procedido al reconocimiento de su cambio de sexo ante la Administración, de conformidad con el régimen jurídico previsto al efecto. En tanto en cuanto la aplicación de esta normativa supone introducir un parámetro discriminatorio por razón de identidad de género, se podría considerar contraria a la normativa comunitaria.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. “Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela «preventiva» es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal

de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 425-426, 2018.

La tutela de la trabajadora embarazada y la facultad empresarial de extinción contractual siempre han sido dos figuras jurídicas en conflicto. En este comentario de la resolución citada, tal conflicto se aborda en el seno de un procedimiento de despido colectivo. Amén de un detenido análisis del contenido del pronunciamiento, destaca la contextualización de la problemática en nuestro ordenamiento jurídico, así como las referencias (que también contiene la resolución del TJUE) a la posibilidad de introducir mecanismos de tutela preventiva, y no únicamente de tutela reparadora, a fin de lograr una protección integral de la trabajadora embarazada.

FERNÁNDEZ PIEDRALBA, E. “La conquista de derechos de los funcionarios interinos al amparo de la Directiva 1999/70/CE. El reconocimiento del grado personal como último hito en dicha conquista: ¿se está haciendo de peor derecho al funcionario de carrera que al funcionario interino?”, *Actualidad administrativa*, La Ley, nº 5, 2019.

En este artículo se realiza una interesante exposición sobre la progresiva conquista de derechos laborales que han disfrutado los funcionarios interinos por virtud de la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, sobre trabajo de duración determinada. La última de estas conquistas ha sido la posibilidad de consolidar el grupo profesional, algo que en el ámbito nacional se había negado a los funcionarios de carrera que desempeñaban un puesto de trabajo de forma temporal por virtud de la figura de la adscripción provisional. Por ello, la autora se pregunta si cabe la posibilidad de que la misma cláusula antidiscriminatoria que contiene la Directiva sea aplicada por estos funcionarios de carrera, en sentido inverso a como viene alegándose habitualmente.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. “La OIT y los grupos vulnerables. Especial atención a la vulnerabilidad de género y a la protección de la infancia”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 434, 2019.

El autor analiza la normativa internacional desde una perspectiva muy particular: la defensa de los grupos vulnerables. Se trata de un concepto con amplio arraigo en el Derecho internacional, en el que, tal como desgrana el autor haciendo un detenido estudio de las normas de la OIT, este organismo ha sido pionero en su construcción, poniendo un especial énfasis para su protección en el diálogo social. El estudio finaliza con una reflexión acerca de la influencia entre diversas instancias supranacionales, como son la OIT y la Unión Europea.

FITA ORTEGA, F. “La tutela del derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad avanzada en el contexto español y de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, nº 52, 2019.

El autor hace un estudio sobre la discriminación por razón de edad, que a pesar de encontrar anclaje en el artículo 14 CE, encuentra su fundamento tradicional en la normativa comunitaria, y más concretamente en la Directiva 2000/78/CE. Así, se realiza un interesante estudio de esta causa de discriminación con una proyección europea muy clara, operando de conformidad a las pautas tradicionales del TJUE, ofreciendo unas conclusiones novedosas e interesantes y proponiendo un mayor nivel de desarrollo de esta causa de discriminación.

GALLEGO LOSADA, R. “Los derechos sociales de los ciudadanos de la Unión Europea y del Reino Unido. Libre circulación de los trabajadores y Seguridad Social tras el Brexit”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, nº 52, 2019.

Si hay un asunto que centra la actualidad europea es el Brexit. En este artículo se analiza este fenómeno desde la perspectiva de los derechos sociales de los trabajadores comunitarios. Para ello, se comienza realizando un análisis del estado actual de tales derechos, para posteriormente valorar la situación en la que quedarían ante cada vía por la que el Reino Unido puede abandonar la Unión Europea, prestando especial atención al Acuerdo de Retirada.

GUALDA ALCALÁ, F.J. “Las implicaciones de la doctrina del TJUE sobre la subrogación prevista en convenio colectivo. A propósito de la STJUE 11 de julio 2018, asunto C-60-17”, *Revista de Derecho Social*, Bormarzo, nº 83, 2018.

El autor comenta la importante resolución del TJUE que obliga a modificar la doctrina reiteradamente aplicada por parte del Tribunal Supremo, de tal suerte que incluso cuando exista subrogación de trabajadores impuesta por vía convencional deberá aplicarse la figura de la sucesión de empresa prevista en el artículo 44 ET, con las consecuencias jurídicas allí establecidas. Con esta resolución, en fin, es previsible que se ponga punto final a una cuestión altamente discutida en la doctrina y jurisprudencia reciente, que -como viene siendo habitual en los últimos tiempos- se solventa acudiendo a la primacía del Derecho comunitario.

LAHERA FORTEZA, J. “Tiempo de trabajo efectivo europeo”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº 43, 2018.

Muy interesante artículo acerca del concepto *tiempo de trabajo* que opera en el ámbito comunitario, y la influencia que puede tener en el ordenamiento jurídico español como consecuencia de la primacía del Derecho europeo. Se analizan las sentencias del TJUE más importantes que han interpretado el *tiempo de trabajo* tal como está contenido en la Directiva 2003/88/UE, y su aplicación a formas de trabajo atípicas, como guardias o desplazamientos. De este análisis, resulta un concepto que trasciende el contenido del artículo 34.5 ET, y que podría suponer algún conflicto a la hora de coexistir ambos sistemas jurídicos en un futuro.

LOUSADA AROCHENA, J.F. “La igualdad retributiva de mujeres y hombres en la acción de Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo”, *Documentación Laboral*, Cinca/AEDTSS, nº 3, 2018.

El autor nos presenta un trabajo acerca de la acción institucional supranacional en materia de igualdad de género. Más concretamente, sobre los sistemas de protección que se llevan a cabo en las Naciones Unidas (en el marco de la Agenda 2030) y en la Organización Internacional del Trabajo (prestando

especial atención al Convenio 100 y la Recomendación 90 de la OIT). De forma conjunta, se sistematizan los mecanismos de actuación en un triple plano: evaluación de la brecha salarial, análisis de sus causas, y asesoramiento en la lucha por su erradicación, prestando atención en relación a la situación española en el epígrafe final.

LOUSADA AROCHENA, J.F.; RON LATAS, R.P. “La integración del trabajo decente de la organización internacional del trabajo dentro de los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas (agenda 2030)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, nº 211, 2018.

Este trabajo consiste en un análisis acerca del concepto “trabajo decente” acuñado en el seno de la OIT, y el posterior proceso de subsunción dentro de una estrategia internacional más amplia como es la Agenda 2030, por parte de Naciones Unidas. Se estudian, así, cada una de estas estrategias supranacionales y se valora su contenido, finalizando en un muy interesante comentario acerca de la Agenda 2030 y su forma de implantación, en la que tendrá un papel relevante la OIT, que ya ha desarrollado un Plan de Implementación de esta estrategia.

MELLA MÉNDEZ, L. “El control empresarial de los correos y archivos electrónicos del trabajador: valoración crítica de la reciente jurisprudencia nacional y europea”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, Francis Lefebvre, nº 11, 2018.

Desde una perspectiva crítica, la autora valora los últimos pronunciamientos del TEDH en materia de vigilancia y control empresarial (más concretamente, en el control de las comunicaciones electrónicas que se realizan en el ámbito laboral), y su posible colisión con el Derecho fundamental a la intimidad personal del trabajador. Se analizan también los puntos de difícil anclaje con la doctrina del TC y, en consecuencia, se propone un replanteamiento de la doctrina nacional.

MELLA MÉNDEZ, M. “El impacto de los convenios de la OIT sobre retribución, tiempo de trabajo, seguridad y salud y terminación del contrato en el derecho español: puntos críticos”, *Revista de Trabajo y Seguridad*

Social, Centro de Estudios Financieros, nº 434, 2019.

En este estudio se lleva a cabo un análisis comparativo entre los estándares protectores de la OIT y nuestra normativa nacional en algunos aspectos como la terminación del contrato de trabajo, seguridad y salud, jornada laboral, y régimen retributivo. En general, la autora reconoce que nuestro Estatuto de los Trabajadores cumple con los estándares marcados por la OIT, mejorándolos en bastantes aspectos, si bien duda de su cumplimiento en algunos puntos, como en la falta de un trámite de defensa con carácter previo al despido del trabajador, y la dificultad de cumplir con los descansos que establece la OIT en ciertos sectores.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. “A vueltas con el derecho a indemnización a la extinción de los contratos de interinidad de la Administración”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº 48, 2018.

Un interesante artículo de la última doctrina comunitaria en materia de extinción indemnizada de los trabajadores temporales, estudiando el cambio de línea jurisprudencial operado en el seno del TJUE. Cronológicamente, se enmarca entre este cambio de línea jurisprudencial y su posterior asunción por la STS de 13 de marzo de 2019 (rec. 3970/2016), por lo que tiene un claro planteamiento interpretativo y propositivo acerca del modo en que podría llevarse a cabo esta implantación a nivel nacional.

MEÑARRO YANINI, M. “Solicitud de asilo debida a persecución por orientación sexual: límites a los métodos de comprobación de la veracidad de la causa”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº 47, 2018.

Se trata de un comentario acerca del régimen probatorio de la orientación sexual a efectos del sistema europeo de asilo contenido en la Directiva 2011/95/UE, al hilo de la STJUE de 25 de enero de 2018 (asunto C-473/16). Se analizan, en consecuencia, los límites probatorios de una circunstancia tan estrechamente conectada al reducto más íntimo de la persona que lo hace de muy difícil prueba. Es una resolución muy relevante por la indudable proyección que tiene esta doctrina, así como por las particularidades que

introduce respecto al régimen de asilo con carácter general.

MOLINA NAVARRETE, C. “«Juego de tronos» entre «togados comunitarios»: «nuevas batallas» por la «última palabra jurídica» en materia sociolaboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 430, 2019.

En este artículo se hace un muy interesante análisis de los últimos pronunciamientos comunitarios recaídos en materia de transmisión de empresa (asunto *Somoza Hermo*) y contratación temporal (asuntos *De Diego Porras* y *Montero Mateos*). Pero el autor no se queda en un plano meramente descriptivo, sino que entiende que el diálogo entre tribunales nacionales y supranacionales está siendo viciado por el planteamiento confuso de cuestiones prejudiciales por parte de las autoridades nacionales, así como por la interpretación que cada uno de los diferentes órganos judiciales realiza del pronunciamiento supranacional. Se ofrece, en fin, el texto y contexto del panorama comunitario actual en una visión muy completa y reflexiva.

MOLINA NAVARRETE, C. “La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o nuevo capítulo sin fin? Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, *Montero Mateos* (C-677/16) y *Grupo Norte Facility* (C-574/16)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 424, 2018.

En este trabajo se comentan las citadas resoluciones del TJUE, que versan sobre la eventual oposición del régimen extintivo de los contratos temporales previsto en el Estatuto de los Trabajadores y la Directiva 1999/70/CE, en materia indemnizatoria. Se realiza un exhaustivo estudio de los fallos contenidos en esta sentencia, así como de sus puntos críticos, resultando un análisis que tiene un gran interés al contrastarlo con la posterior STS de 13 de marzo de 2019 (rec. 3970/2016).

MOLINA Navarrete, C. “Nueva regulación de coyuntura del trabajo portuario: ¿diálogo o conflicto entre la norma OIT (seguridad en el empleo) y la comunitaria (libertad de

competencia)?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, n° 434, 2019.

El conflicto portuario se está internacionalizando. En este artículo, se analiza la queja que los sindicatos han planteado a la CEA-CR de la OIT acerca del RDL 8/2017, habida cuenta de que éste podría oponerse al Convenio 137 OIT sobre el trabajo portuario. Este conflicto normativo se complica todavía más teniendo en cuenta el artículo 101 TFUE, precepto que consagra la libre competencia a nivel comunitario y que a la sazón está en el origen del cambio normativo operado en el año 2017 por virtud de la STJUE de 11 de diciembre de 2014; y, asimismo, el cambio normativo operado por el RDL 9/2019, que pretende facilitar la transición del modelo portuario anterior, al exigido por las instancias supranacionales.

MOLL NOGUERA, R. “La legitimación negociadora de los agentes sociales a nivel supraempresarial y empresarial en la Unión Europea: una reforma pendiente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, n° 213, 2018.

El proceso de construcción europeo ha dejado provisionalmente de lado algunas cuestiones muy relevantes y, entre ellas, la elaboración de un auténtico procedimiento de negociación colectiva a nivel supraempresarial. El artículo analiza esta problemática, centrándose en los vagos y difusos términos en los que desenvuelve actualmente y, en particular, prestando un especial interés a los Comités de Empresa Europeos como fenómenos más importantes en este ámbito, operativos en las empresas que operan a nivel transnacional.

MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. “La propuesta de directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo «normativo» del pilar europeo de los derechos sociales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, n° 211, 2018.

Se trata de una valoración crítica de la propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles, pero el artículo va un paso más allá. Los autores contextualizan esta propuesta dentro de un

esfuerzo loable por parte de las instituciones comunitarias de fomentar el Pilar Europeo de Derechos Sociales, como una estrategia para superar la crisis social europea. Así, llevan a cabo un estudio del contenido de la Directiva, finalizando con un comentario crítico acerca de la estrategia del pilar comunitario, al entender que la salida de la crisis europea pasa por el establecimiento de otras estrategias de mayor incidencia como la equiparación de los derechos sociales fundamentales y las libertades económicas comunitarias.

MONEREO PÉREZ, J.L.; ORTEGA LOZANO, P.G. “Sobre la diferencia de trato entre trabajadores fijos y no fijos de la Administración pública: a propósito del Acuerdo Marco y de la reciente jurisprudencia del TJUE (y propuesta de readmisión *in natura*)”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, n° 84, 2018.

Los autores comentan la sentencia analizada, en la que se resuelve la cuestión sobre si el actual art. 96.1 EBEP, que establece la obligatoria readmisión del trabajador despedido improcedentemente únicamente cuando sea un trabajador fijo (y no un eventual) puede introducir un tratamiento discriminatorio frente a estos últimos. El TJUE afirma que en este caso no nos hallamos ante un supuesto discriminatorio, cuestión que es tratada de forma crítica por los autores en este artículo, proponiendo la readmisión *in natura* para todo tipo de despido improcedente dentro del ámbito de la Administración pública.

MONEREO PÉREZ, J.L.; ORTEGA LOZANO, P.G. “Indemnización extintiva y tipos contractuales: la recepción y aplicación de la doctrina europea Montero Mateos y Grupo Norte Facility, S.A. en los tribunales españoles”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, n° 53, 2019.

Los autores nos presentan un atento y detenido estudio de las sentencias del TJUE *De Diego Porras, Montero Mateos y Grupo Norte*, ofreciendo un panorama muy completo del cambio jurisprudencial que se puede apreciar en ellas. Pero este artículo no queda aquí, sino que también se detiene en valorar las sentencias de suplicación que aplican esta doctrina, a efectos de comprobar cómo se está acogiendo en la práctica judicial nacional las directrices

comunitarias. El estudio finaliza con unas breves consideraciones críticas sobre la temporalidad como problema de nuestro mercado de trabajo y cómo ha sido tratado hasta el momento.

MUÑOZ RUIZ, A.B. “El cómputo de los permisos retribuidos: una revisión de la doctrina judicial y de la reciente cuestión prejudicial”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº 53, 2019.

Se trata de un muy interesante artículo de gran actualidad acerca del planteamiento de una cuestión prejudicial por parte de la Audiencia Nacional, relativa a la interpretación de la Directiva 2003/88/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo. Esta cuestión prejudicial se enmarca en el contexto de los últimos pronunciamientos judiciales recaídos a la hora de verificar cuándo se inicia el cómputo de las distintas licencias retribuidas. Tras un completo estudio del estado actual de la cuestión en vía judicial, la autora expone el planteamiento de la cuestión prejudicial, cuyo principal argumento es la posible oposición al Derecho comunitario de una interpretación por parte de los órganos judiciales que permitiera hacer coincidir periodos de descanso con el disfrute de licencias retribuidas, máxime teniendo en cuenta que ello podría oponerse a la seguridad y salud de los trabajadores, por cuanto su periodo de descanso lo dedicarían a atender la necesidad que origina la concesión de la licencia.

NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. “El TJUE corrige la doctrina de Diego Porras: a propósito de las sentencias de 5 de junio de 2018 (asuntos C-677/16, Montero Mateos y 574/16, Grupo Norte Facility)”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, Francis Lefebvre, nº 10, 2018.

En este artículo se hace un repaso a los más recientes pronunciamientos del TJUE en relación a la posible discriminación entre trabajadores indefinidos y trabajadores temporales en materia indemnizatoria. Se realiza un detenido estudio de los argumentos utilizados en cada una de ellas ofreciendo una visión sistemática e intuitiva de las cuestiones suscitadas. Para finalizar, se realiza una propuesta de *lege ferenda* consistente en la equiparación normativa entre todas las modalidades de

contratación temporal y un mayor control por parte de la Inspección de Trabajo de las causas de temporalidad.

OJEDA AVILÉS, A. “Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios OIT y su proyección futura”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 434, 2019.

Este estudio se centra en el funcionamiento de la OIT, entendiendo que se encuentra en un proceso de desgaste del que puede salir mediante el énfasis en algunas actuaciones ya iniciadas en el seno de la propia organización. En la segunda parte del trabajo, se hace un repaso de los instrumentos fundamentales emanados de la OIT y se analiza la influencia que han tenido en España, dando un panorama completo de el funcionamiento y su actividad.

PÉREZ REY, J. “¿Punto y final a la doctrina Porras? Consideraciones acerca del giro jurisprudencial protagonizado por el TJUE en los casos Montero Mateos y Grupo Norte Facility”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº 46, 2018.

El autor comenta las citadas resoluciones del TJUE, que alteran la previa línea jurisprudencial emanada de la sentencia *De Diego Porras*, y verifica las primeras resoluciones judiciales de instancia y suplicación que la aplican a nivel nacional. Se trata de un análisis crítico que duda de una total superación de la problemática planteada, entendiendo que ésta no puede pasar sino por una modificación legislativa conforme al Derecho europeo que ayude también a solventar los problemas graves de temporalidad que caracterizan a las relaciones de trabajo en España.

PLEITE GUADAMILLAS, F. “Cuestiones problemáticas en la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Actualidad Administrativa*, Wolters Kluwer, nº 7, 2018.

Se trata de un breve comentario acerca de la discusión sobre la aplicabilidad directa de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El autor realiza un repaso de las cuestiones más complejas sobre el particular, como puede ser sobre las situaciones en las que se debe entender aplicado el Derecho

de la Unión a efectos de que la problemática pudiera ser abarcada por este instrumento supranacional; o bien sobre las complejidades que reviste una eventual invocabilidad directa de la Carta.

POQUET CATALÁ, R. “¿Genera el permiso parental derecho al devengo del periodo vacacional? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2018, asunto C-12/17” *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 430, 2019.

En este artículo se comenta la sentencia citada, donde se plantea una cuestión muy sugerente en lo que respecta al derecho a vacaciones consagrado en el artículo 31 CD-FUE. En concreto, si el periodo de suspensión del contrato de trabajo por permiso parental debe considerarse tiempo de trabajo efectivo a efectos de devengar periodos vacacionales. El TJUE responde en sentido negativo, lo que lleva a la autora a hacer un interesante análisis extrapolando esta doctrina a situaciones similares que no tienen las características propias de la incapacidad temporal o del permiso de maternidad, y que por ello no pueden resultar asimilables.

POYATOS I MATAS, G. “De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al «complemento por maternidad»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 431, 2019.

En este artículo, la autora da a conocer una cuestión prejudicial que la Sala de lo Social del TSJ de Canarias ha planteado al TJUE. En ella, se pregunta al órgano comunitario si el complemento por maternidad que prevé el actual artículo 60 LGSS, y que restringe su ámbito únicamente a las mujeres, puede ser discriminatorio respecto a los hombres que hayan ejercido tareas de cuidados de forma análoga a las mujeres que sí tienen derecho a tal complemento. El artículo contiene las concretas cuestiones que se han planteado al tribunal, los argumentos, y también la previa jurisprudencia del TJUE en la que se sustentan, ofreciendo un panorama completo de la problemática suscitada.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H. “STJUE 7 de agosto de 2018. Caso *Colino Sigüenza*. Asunto C-472/16”, *Revista de Derecho Social*, Bo-marzo, nº 84, 2018.

En este artículo se comenta el asunto que dio lugar a la STJUE Colino Sigüenza, que versa sobre el despido colectivo de los trabajadores de una empresa y su subsiguiente transmisión. En el caso analizado, se entiende que no existió sucesión de empresa, si bien el autor valora críticamente este fallo (así como los posteriores recaídos en la vía judicial nacional) proponiendo una solución contraria a la luz de los datos fácticos apreciados por los órganos judiciales. Asimismo, propone una aplicación muy interesante de la doctrina del TC acerca de las relaciones triangulares que tendría una importancia capital en casos similares al descrito.

PUEBLA PINILLA, A. “Principio y fin de la doctrina «de Diego Porras», o de cómo, en ocasiones, «el sueño de la tutela multinivel produce monstruos»”, *Revista de Información Laboral*, Aranzadi, nº 7, 2018.

La autora analiza de modo detenido los pronunciamientos del TJUE que revierten la doctrina contenida en la previa (y famosa) resolución *De Diego Porras*. Este análisis se enmarca en la contextualización más amplia de la problemática de un ordenamiento jurídico multinivel que protege los mismos intereses en diversos ámbitos, sin contar con un anclaje totalmente claro entre ellos, lo que da lugar a situaciones de confusión. En línea con ello, se plantea la discusión sobre los límites del planteamiento de las cuestiones prejudiciales al TJUE, ya que en ocasiones parece usarse como estrategia judicial más que como parámetro interpretativo del Derecho comunitario.

RAMOS QUINTANA, M.I. “La Autoridad Laboral Europea: una nueva institución para robustecer la movilidad equitativa dentro de la UE”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº 52, 2019.

La autora nos presenta la figura de la Autoridad Laboral Europea, una institución en proceso de creación contenida en una propuesta de Reglamento europeo. La creación de este nuevo organismo se enmarca en el contexto del desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales que se pretende desde las instancias

comunitarias, y tendría atribuidas algunas funciones muy importantes pero siempre sobre la base de estructuras y herramientas ya existentes, de tal suerte que no supondría una alteración sustancial de los institutos europeos. En concreto, se prevé que este organismo tenga funciones operativas como son proporcionar información y servicios tanto a trabajadores como a empleadores, reforzar los procesos de cooperación entre Estados cuando existen actuaciones transfronterizas, y mediar en los supuestos en que, como consecuencia de la actuación de los órganos nacionales, se pudiera perturbar el espacio comunitario.

ROALES PANIAGUA, E. “Seguridad Social Internacional y poligamia: nuevas perspectivas en la protección social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, nº 52, 2019.

El fenómeno de la poligamia ha cobrado una importancia creciente en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la difícil articulación jurídica de la protección social a dispensar a los intervinientes en relaciones de este tipo. Como consecuencia de la proyección internacional de este fenómeno, la protección será diferente por virtud de los convenios bilaterales suscritos con los países de origen, lo que crea cierta situación de inseguridad. Por ello, tras un estudio de la doctrina y jurisprudencia españolas, en este artículo se propone un replanteamiento de estas situaciones, ofreciendo una solución única y unívoca a esta cuestión.

RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.M. “Ámbito, garantías y responsabilidad de la sucesión empresarial, en el marco de la jurisprudencia europea y española”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº 43, 2018.

Se trata de un muy completo estudio en el que se analizan todas las cuestiones de actualidad relativas a la sucesión de empresa, tanto de forma genérica como en aquellas situaciones en las que revisten alguna particularidad relevante, como son las reversiones de servicios públicos o las sucesiones de plantilla. Se analizan las garantías que operan en estos casos, tanto a nivel nacional como comunitario, ofreciendo una panorámica adecuada de las complejas situaciones que se pueden producir.

RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M. “El efecto directo del derecho a vacaciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, Francis Lefebvre, nº 1, 2019.

Con su habitual profuso análisis de la jurisprudencia del TJUE, el autor nos sitúa ante una de las cuestiones más polémicas que se suscitan al hilo de los instrumentos internacionales: la discutida eficacia directa de los preceptos contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 31 de la Carta se presta especialmente a esta discusión, al reconocer el derecho a vacaciones, derecho cuyo reconocimiento corresponde *prima facie* a sujetos privados como el empleador. Se realiza, en fin, un análisis detallado y profundo que puede ser trasladado al resto de preceptos de la Carta que, por virtud de su naturaleza, también fueran susceptibles de gozar de eficacia directa, estén o no reconocidos en una Directiva.

ROJO TORRECILLA, E. “En el centenario de la OIT. Una mirada cercana en el tiempo a su política sobre las migraciones laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 434, 2019.

Se trata de un muy ilustrativo artículo sobre la realidad de los fenómenos migratorios actuales. Por ello, el autor comienza revisando datos estadísticos que nos ofrecen pistas sobre las migraciones y su incidencia en el ámbito laboral; y posteriormente, a la luz de la realidad descrita, se realiza un repaso de los instrumentos normativos que más influencia tienen en la regulación de estos fenómenos, tanto por parte de la OIT (Marco multilateral de la OIT para la migración laboral) como de la ONU (Convención de 1990 sobre los derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares), así como los sucesivos informes de la Conferencia Internacional del Trabajo que se han publicado en los últimos tiempo (2014-2017).

SALCEDO BELTRÁN, C. “Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, nº 83, 2018.

Este estudio defiende la necesidad de implementación directa de los preceptos contenidos en la Carta Social Europea por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. Tras una reivindicación de su contenido normativo poniéndolo en relación con otros estándares supranacionales, se analiza la efectividad de sus preceptos en España y en países de nuestro entorno, para concluir en favor de su importancia y reivindicar la vigencia de sus disposiciones.

SALCEDO BELTRÁN, C. “Normas internacionales y derecho interno: prevalencia, respeto y efectividad de los derechos sociales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, nº 216, 2019.

Al hilo de dos resoluciones de primera instancia, se plantea la duda de la posible compatibilidad del periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores con el artículo 4.4 de la Carta Social Europea, que reconoce el derecho de los trabajadores a tener un plazo de preaviso razonable a la hora de la terminación de su contrato. En estas resoluciones, se reconoce la aplicación directa y prevalente de la Carta Social Europea y, en consecuencia, se declara la improcedencia de los despidos de los trabajadores, lo que nos sitúa ante una encendida problemática acerca de la efectividad de los Tratados Internacionales y, en particular, del papel que debe jugar éste.

SALCEDO BELTRÁN, M.C. “Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 434, 2019.

Interesante trabajo en el que se aborda la problemática de la protección multinivel de los derechos sociales, planteando la tradicional discusión sobre los diferentes estándares de protección y el diálogo entre tribunales. Se hace referencia a la doctrina constitucional más reciente sobre el particular, plasmada en la STC 140/2018, así como al Derecho comparado (en particular, al Derecho francés). También se hace referencia a los procedimientos de diálogo supranacional entre la OIT y las instituciones europeas (en especial, el Consejo de Europa), que ofrecen un panorama fragmentado y difuso de normas aplicables.

SÁNCHEZ DEL OLMO, V. “El impacto (divergente) de la doctrina Barbulescu en las resoluciones de instancia”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº 45, 2018.

Como es sabido, la STEDH *Barbulescu (II)* ha tenido una gran importancia a la hora de valorar si se ha infringido el derecho a la intimidad de los trabajadores por haber interceptado las comunicaciones mantenidas en el centro de trabajo. Pero muy importante es verificar cómo se aplica esta doctrina en el ordenamiento nacional, y en tal contexto es en el que se inscribe este comentario, donde se analizan dos resoluciones de instancia con pronunciamientos divergentes: mientras en una se declara la improcedencia del despido, en otra se decreta su nulidad. Tal dualidad de pronunciamientos es estudiada, intentando ofrecer una respuesta coherente con los mismos, y haciendo énfasis en las divergencias procesales que pudieran explicar la diferente respuesta que se da a la misma cuestión.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. “El despido disciplinario en el Tribunal Europeo de derechos humanos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, nº 214, 2018.

La autora nos presenta una muy interesante recopilación de la doctrina del TEDH en lo que hace a los despidos disciplinarios de los trabajadores cuando podrían oponerse a algunos de los derechos reconocidos en el CEDH. El Tribunal de Estrasburgo ha elaborado un cuerpo doctrinal sólido a tal efecto cuyo análisis resulta muy interesante, toda vez que algunos de sus pronunciamientos podrían oponerse a la doctrina nacional consolidada en la materia, constituyendo un parámetro de enjuiciamiento de indudable relevancia.

SOLDEVILLA FRAGOSO, S. “Discriminación indirecta por razón de edad. Apariencia de legalidad y prueba en contra”, *Actualidad administrativa*, Wolters Kluwer, nº 3, 2019.

En este artículo se hace referencia a la figura de la discriminación indirecta, acuñada por virtud del TJUE, al hilo de su sentencia de 14 de febrero de 2019, donde aplica este instituto jurídico a la posible discriminación por razón de edad, apartándose del campo de juego habitual de la discriminación indirecta, que es la discriminación por razón de sexo.

Aunque el TJUE en su sentencia afirma que no existe discriminación indirecta, porque el criterio clave para la diferencia de trato es la fecha de ingreso en la empresa, y no la edad, en el artículo se lleva a cabo un estudio de esta particular forma de desigualdad ilícita.

SOTOMAYOR MEDINA, I. “Las dimensiones de la indemnización por daños y perjuicios en el asunto *López Ribalda y otros vs. España*”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº 53, 2019.

En este comentario, el autor se muestra muy crítico con el pronunciamiento del TEDH en el asunto *López Ribalda* que, como se sabe, condenó al Reino de España por lesionar la intimidad de unas trabajadoras que fueron despedidas tras ser grabadas hurtando productos en el supermercado en el que prestaban servicios. Se hace un breve análisis de la sentencia ofreciendo un juicio de proporcionalidad crítico con el del fallo, y del mismo modo se contraargumenta en lo que hace al resarcimiento del daño moral que estableció la sentencia.

VILA TIERNO, F. “Trabajadores comunitarios desplazados y fraude en materia de seguridad social. Repercusiones ante la inacción del Estado de origen”, *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, nº 48, 2018.

Se trata de un comentario a la STJUE de 6 de febrero de 2018 (asunto *Ömer Altun C-359/16*), que versa sobre desplazamiento transnacional de trabajadores comunitarios. Por virtud del ordenamiento europeo, es necesario que en estos casos los trabajadores obtengan un certificado que reconozca la aplicación de la normativa de Seguridad Social del Estado de origen, pero esta exigibilidad (y en consecuencia, la aplicación de la normativa de origen) puede resultar dudosa cuando la obtención de estos certificados se realice de forma fraudulenta, que es precisamente el supuesto de hecho de la resolución comentada. Es una sentencia novedosa por los presupes-

tos fácticos que contiene, y cuya doctrina resultará relevante en el futuro.

VILLAR CAÑADA, I.M. “La determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación en los supuestos de trabajadores/as migrantes en el ámbito comunitario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 82/2018, de 1 de febrero”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 424, 2018.

La autora analiza la citada sentencia del Tribunal Supremo relativa a un asunto en el que se pretendía establecer la forma de calcular la base reguladora de la pensión de jubilación de un trabajador que había prestado servicios tanto en España como en Bélgica, a la luz del Acuerdo bilateral entre ambos países y el Reglamento 883/2004, del Parlamento y el Consejo. En esta sentencia, la autora aprecia un claro cambio de línea doctrinal respecto a pronunciamientos anteriores, en lo relativo a qué criterio de cálculo de la base reguladora resulta más favorable para el trabajador.

Revistas consultadas:

Actualidad Administrativa

Derecho de las Relaciones Laborales

Documentación Laboral

Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo

Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Revista Información Laboral

Revista de Derecho Social

Revista de Trabajo y Seguridad Social

Trabajo y Derecho

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MTMSS

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (MTMSS) 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 MTMSS 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 DIN A4, 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 aportarán las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un resumen, en castellano y en inglés, de al menos mil palabras, que describa en detalle la metodología, resultados y conclusiones del mismo; 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 Trabajo, Migraciones y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicados y tiene como referencia el Código de conducta y buenas prácticas para editores de revistas científicas que define el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics). 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: proproeditorial@mitramiss.es

Guidelines for submitting collaborations to the MTMSS magazine

The magazine of the Ministry of Labour, Migration and Social Security (MTMSS) is published every two months and aims to present original and unpublished works in the areas of the functions assigned to the Department. In addition, it publishes special editions for emerging issues that are considered important and urgent so as to be widely known.

The opinions expressed in this magazine are the sole responsibility of the authors.

The authors grant MTMSS the operating right of the published works, which entails the rights of editing, reproduction, distribution, translation and public communication of their works, by any means or format.

- **Title.** It must be clear and concise in Spanish and English. If necessary, it may be accompanied by a subtitle.
- **Name and surname of the authors.** These must appear next to the activity, entity or company where the author develops his/her labour activity.
- **Text.** The maximum recommended length is 40 pages size DIN A4, in Word format, with a font size of 12. This length includes graphics, tables and other graphic elements.
- **Bibliography.** The corresponding references will be provided and will be placed at the end of the article.
- **Abstract.** The text of the article or collaboration will include a summary, in Spanish and English of, at least, a thousand words, describing in detail the methodology, results and conclusions thereof, as well as a list of keywords in both languages.
- **Assessment.** The articles will be evaluated by two external experts to the Department, through an open procedure. Once this evaluation is done, the result will be communicated to the author of the submitted article.
- **Ethical standards of publication.** The magazine of the Ministry of Labour, Migration and Social Security is committed to the respect and integrity of the published works and has as reference the Code of Conduct and Good Practices for editors of scientific journals that are defined by the Committee of Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics). Plagiarism is strictly prohibited and texts in which plagiarism is detected will be rejected. Authors must make sure that the submitted papers are completely original. When authors use the work and /or words of other authors, they should be duly quoted.
- **How to send the articles and contact.** The article or collaboration will be sent to the following email address: proproeditorial@mitramiss.es

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones 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 TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Ministerio de Trabajo, Migraciones 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@mitramiss.es

Librería Virtual

<https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

• EDITORIAL: *Luis Enrique de la Villa Gil* • I. ESTUDIOS: El Estatuto Jurídico del demandante de empleo de la Unión Europea. *Francisco Javier Pérez Flores* • Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas. *Dolores Carrascosa Bermejo* • La directiva sobre desplazamiento de trabajadores: convergencias y divergencias con los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social europeos. *Olga Fotinopoulou Basurko* • La coordinación de la protección por desempleo en los Reglamentos de Coordinación de la UE y su reforma. *Alfredo Novales Bilbao* • La larga marcha al Seguro de Desempleo Europeo. *Carlos García de Cortázar Nebreda* • Asistencia sanitaria transfronteriza de trabajadores y demandantes de empleo en la Unión Europea. *Laura Molins Roger* • Las bases reguladoras de las pensiones nacionales de los trabajadores migrantes españoles en la Unión Europea. *José Fernando Lousada Arochena* • La coordinación de las normas antiacumulación nacionales en los Reglamentos Europeos de Seguridad Social: la exigencia de norma nacional expresa de efectos transfronterizos. *Rafael A. López Parada* • La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación del principio de igualdad de trato y sobre las cláusulas anticúmulo en materia de pensiones. *Andrés Ramón Trillo García* • Quince años de movilidad y libre circulación de trabajadores de la UE/EEE y sus familias en España: retrospectiva y retos. *Emiliano García Coso* • Desplazamiento de trabajadores transnacional: conflictos de competencia y legislación aplicable. Cooperación entre Estados de la Unión Europea. *Pablo Páramo Montero* • II. LEGISLACIÓN: Crónica legislativa: la actividad de la Unión Europea. Especial atención a la movilidad de trabajadores. *Yolanda Maneiro Vázquez* • Desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional: análisis y propuestas en orden a la transposición al Derecho español de las modificaciones realizadas por la Directiva (UE) 2018/957 en los artículos 1 y 3 de la Directiva 96/71/CE. *Javier Gárate Castro* • La legitimidad activa y pasiva ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una propuesta de reforma del artículo 44 de la Convención. *Albert Noguera Fernández* • III. JURISPRUDENCIA: Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante el año 2018. *José María Miranda Boto* • El final de un principio y el comienzo de un derecho: las vacaciones anuales retribuidas como derecho fundamental y su repercusión en materia de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Comentario a las sentencias Bauer y Broßonn. *Magdalena Nogueira Guastavino* • IV. DOCUMENTACIÓN E INFORMES: La actividad de la Unión Europea en el ámbito del empleo y la política social durante el año 2017. *Miguel Colina Robledo* • V. RECENSIONES Y BIBLIOGRAFÍA: • Recensiones: El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones. *José María Miranda Boto* • Historia de la Unión Europea: de los orígenes al Brexit. *Donato Fernández Navarrete* y *Rosa M^a Fernández Egea* • Bibliografía: Índice de artículos sobre Derecho Social Comunitario y Derecho Internacional del Trabajo publicados en revistas científicas en el segundo semestre de 2018 y en el primer semestre de 2019. *Pedro Sánchez Pérez*

