

# LA APLICACION PROGRESIVA DE LA LIBRE CIRCULACION DE TRABAJADORES EN EL TERRITORIO ESPAÑOL: PERIODO TRANSITORIO Y ETAPA DEFINITIVA DE ADHESION A LA CEE

Sumario: I. Introducción. II. La libre circulación de trabajadores, un derecho fundamental directamente invocable ante los Tribunales. II.1. La no discriminación como presupuesto básico para la consecución de la libre circulación de trabajadores. II.2. Alcance y extensión del derecho de libre circulación. III. La realización progresiva de la libre circulación. IV. La creación de un mercado interior único y su dimensión social. V. El periodo transitorio y la adhesión definitiva del Estado español a la comunidad.

Por MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA (\*)

## I. INTRODUCCION

La adhesión española a la Comunidad Económica Europea (CEE), autorizada por la Ley Orgánica 19/1985, de 2 de agosto, y llevada a cabo por medio del Tratado de 12 de junio de 1985, constituye el punto de partida del inicio de un tipo de relaciones diferentes con los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad y, en particular, con los trabajadores comunitarios.

Sabido es que la integración española a la Comunidad se ha producido en los términos y bajo las condiciones previstas en el Acta de Adhesión, en la cual se ha establecido un periodo transitorio de adhesión de siete años (1 de enero de 1986/1 de enero de 1993), salvo con relación a Luxemburgo, en cuyo caso, dicho periodo se alarga hasta el 1 de enero de 1996. Durante el mismo, el Derecho comunitario, esto es, el Derecho emanado del Tratado constitutivo de la Comunidad (hecho en Roma el 25 de marzo de 1957, y modificado casi treinta años después por el Acta Unica Europea —AUE—, firmada en Luxemburgo, el 17 de febrero de 1986, y en La Haya, el 28 de febrero del mismo año, para entrar en vigor el 1 de enero de 1987), el Derecho derivado (normas dictadas por las instituciones comunitarias en desarrollo del Tratado y del AUE) y los criterios interpretativos

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), no será de aplicación en su integridad. Por consiguiente, sólo tras la finalización del periodo transitorio, el Derecho comunitario desplegará en el ordenamiento español todas sus consecuencias.

Pretender conocer cuál es actualmente y cuál ha de ser la situación española a partir del 1 de enero de 1993 se producirá como consecuencia de la adhesión a la CEE en materia jurídico-laboral implica, por lo pronto, examinar uno de los fundamentos básicos de la Comunidad Europea, como es la libre circulación de trabajadores.

## LA LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES, UN DERECHO FUNDAMENTAL DIRECTAMENTE INVOCABLE ANTE LOS TRIBUNALES

Entre las libertades personales comunitarias, la libre circulación de trabajadores configura como una noción básica para el justo entendimiento de la Comunidad, de su razón de ser y de su funcionamiento.

Titulares del derecho de libre circulación son los trabajadores por cuenta ajena que ostenten la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la Comunidad, a tenor de lo dispuesto en los arts 48 a 51 del Tratado CEE. No obstante, y pese a la afirmación anterior, del derecho de libre circulación pueden beneficiarse también los familiares de dichos trabajadores (Reglamento 1612/1968 CEE, de 15 de octubre), con lo cual y por esta vía, como puede apreciarse, nacionales de países terceros pueden disfrutar del derecho a circular libremente en el territorio comunitario. Exactamente, se consideran familiares, según la modificación efectuada por el Reglamento 2001/1983/CEE, de 2 de junio, el cual introdujo una notable extensión de dicha noción con respecto al Reglamento 1612/1968, «toda persona definida o admitida como miembro de la familia por legislación en virtud de la cual se otorga la prestación (de que se trate), o bien por la legislación del Estado en cuyo territorio la misma reside. No obstante, si dichas legislaciones sólo consideran miembros de la familia a las personas que convivan con el trabajador, esta condición se entiende cumplida cuando la persona en cuestión esté principalmente a cargo del trabajador». De esa manera, la libre circulación ha quedado conformada como un derecho predicable no sólo para los trabajadores asalariados, sino también extendido a sus familiares, acogiendo así una línea interpretativa insistentemente defendida por el TJCE (véanse, a modo de ejemplo, los Asuntos 90/74, «Casagrande», y 12/86, «Meryem Demirel»).

### 1. La no discriminación como presupuesto básico para la consecución de la libre circulación de trabajadores

En qué consiste la libre circulación, o en otras palabras, cuál es su objeto y contenido, es cuestión que el mismo ordenamiento comunitario explicita, esto es, el derecho de todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de

residencia, a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado (art. 1 Reglamento 1612/1968).

No hay que olvidar que el art. 3 del Tratado sitúa entre las acciones de la Comunidad la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales. A tal fin, el art. 48.2 del propio Tratado CEE señala que la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto tanto al empleo como a la retribución o las restantes condiciones de trabajo.

La libre circulación queda así caracterizada como un auténtico derecho fundamental de la Comunidad impregnado y sustentado sobre dos valores diferentes: libertad e igualdad. La libertad, entendida como facultad de desplazamiento en el territorio comunitario sin sometimiento a trabas o restricciones a la entrada, estancia y salida en el territorio de cada uno de los Estados miembros, y de otra parte, la igualdad, concebida en sentido negativo como exclusión del criterio de la nacionalidad para establecer tratos diferenciados. La aplicación a los trabajadores comunitarios del principio general de no discriminación por razones de la nacionalidad que les corresponde se extiende, como se ve, al campo de las relaciones de trabajo, tanto en lo que se refiere al acceso al empleo como a las condiciones de trabajo, una vez producida la contratación correspondiente.

El principio de no discriminación, principio inspirador situado en la base misma de la creación de la Comunidad Europea, supone que el trabajador extranjero, nacional de un país comunitario, no puede ser objeto de un tratamiento diferente del que es ofrecido a los trabajadores nacionales. En ese sentido, la no discriminación forma parte, a su vez, de la política tendente a la creación de un mercado unificado de mano de obra, como ha puesto de manifiesto el TJCE en los ya famosos Asuntos 349/74, «Van Duyn», y 363/74, «Walrave». En ese mercado común no pueden existir diferencias entre trabajadores nacionales y migrantes comunitarios en razón de la nacionalidad que les ha sido otorgada. El mercado interior de la CEE, declara el art. 13 del AUE, implica un espacio sin fronteras interiores donde la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y, más concretamente, en el caso que nos ocupa, de personas, queda garantizada.

Tal y como se concibe el principio de no discriminación en el ordenamiento comunitario, traducido en derecho a un trato igualitario, entraña, en lo que a la materia laboral se refiere, un doble aspecto:

a) *La abolición de cualquier tipo de discriminación en el momento inicial de acceso al empleo.*

Por ello, resulta contrario al Derecho comunitario cualquier disposición proveniente del Derecho interno que reserve a los trabajadores nacionales el acceso a alguna de las actividades incluidas en el ámbito de la libre circulación de trabajadores, puesto que, como ha afirmado el TJCE en el Asunto 13/76, «Doná», es incompatible con las reglas comunitarias toda disposición nacional que reserve exclusivamente a los trabajadores de ese Estado una actividad que

tre en el campo de aplicación de los arts. 48 a 51 del Tratado CEE, articuladores, como es sabido, del derecho de libre circulación.

Sin duda alguna, el entendimiento de dicha libertad en tales términos presenta para el Derecho español una auténtica innovación, pues obliga a interpretar con un sentido diferente el contenido del art. 35 de la Constitución cuando señala que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo». La corrección, en este caso, viene avalada por el «efecto directo» que caracteriza el Derecho comunitario, por el cual los destinatarios de la normativa comunitaria, esto es, los trabajadores asalariados nacionales de cualquier Estado miembro, quedan inmediatamente beneficiados por la misma. El «efecto directo» consecuencia de la cualidad de «primacía» predicable del sistema de producción normativa de la Comunidad, de la cual ha dicho el TJCE que es condición esencial, absoluta e incondicional del Derecho comunitario europeo en virtud de su misma naturaleza y comprende tanto al Derecho originario como al Derecho derivado (Asuntos, entre otros, 26/62, «Vand Gend en Loos»; 6/64, «Costa/EEI»; 14/68, «Walt Wilhem 93/71, «Leonesio»; 34/73, «Variola»; 106/77, «Immenthal»).

La extensión en el ámbito comunitario del principio de igualdad en el acceso al empleo pondrá, en su momento, en tela de juicio el veredicto emitido por este Tribunal Constitucional en su sentencia nº 203/1984, de 23 de noviembre, la cual afirmaba que «no existe tratado ni ley que establezca la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo» y que «la propia Constitución sólo reconoce el derecho al trabajo para los españoles».

En estos supuestos de colisión entre el Derecho comunitario y el Derecho interno, cualquiera que sea el rango de la norma conflictiva, incluso, como en este caso, una norma de rango constitucional ha de prevalecer el primero, debido a la cualidad de «primacía» que inspira todo el Derecho regulador de la creación y funcionamiento de la Comunidad. Esa es la razón que permite insistir en que no es posible oponer ningún tipo de límite desde el Derecho interno con el fin de evitar o reducir la recepción del acervo comunitario, pues una conducta de ese tipo por parte de los Estados miembros atacaría las bases mismas sobre las que se ha fundamentado la construcción de la Comunidad Europea.

#### b) *La ausencia de tratos diferenciados en el trabajo.*

En este caso, la virtualidad del principio de no discriminación despliega sus efectos no en el momento inicial de acceso a un puesto de trabajo, sino una vez producida la contratación laboral, lo cual determina que la relación jurídico-laboral se desarrolle en plenas condiciones de igualdad con los trabajadores nacionales, afectando las normas comunitarias, inicialmente, a la retribución salarial, al despido y a la reintegración profesional o nuevo empleo en los casos de desempleo (art. 7 del Reglamento 1612/1968) y, con posterioridad, a todo el conjunto de condiciones de trabajo (Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976).

En este punto, la Comunidad ha realizado un notable esfuerzo por asegurar y garantizar la igualdad entre trabajadores nacionales y migrantes comunitarios, destacando la considerable aportación del TJCE que ha actuado como atentado diligente de la aplicación efectiva del principio de no discriminación. Concreta-

mente, en materia de salarios se ha invocado el derecho a un trato igualitario no ya sólo donde pueden encontrar cabida discriminaciones por razón de la nacionalidad (Asunto 152/73, «Sotgiu»), sino también, y atendiendo a las previsiones del art. 119 del Tratado CEE, tratos diferenciados por razón de sexo (Asuntos 157/86, Mary Murphy» y 262/88, «D. Harvey Barber»). Del mismo modo, la igualdad entre trabajadores nacionales y migrantes comunitarios la ha extendido el Tribunal a otros aspectos de la relación de trabajo, como la capacitación profesional y promoción social (Asunto 197/86, «Brown»); las ventajas sociales y fiscales otorgadas en principio sólo a los trabajadores nacionales (Asuntos 76/72, «Michel Scutari», y 63/76, «Inzirillo»); las condiciones de enseñanza y escolaridad de los hijos de los trabajadores migrantes (Asunto 152/82, «Forcheri y Marinov»); al ejercicio, en fin, de los derechos sindicales (Asunto 36/75, «Rutili»), etc.

## II.2. Alcance y extensión del derecho de libre circulación

El alcance de la libre circulación de trabajadores en aras de la consecución de un mercado común de mano de obra implica, tal como preceptúa el art. 48 del Tratado CEE:

#### a) *El derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo.*

Esta es una importante precisión que formula el Tratado mismo. Dicha importancia radica en que, como en principio se puede comprobar, para el trabajador sólo existe la posibilidad de circular a lo largo del territorio comunitario cuando ha recibido una «oferta efectiva de trabajo». Claro que si tal expresión se toma al pie de la letra significaría una importante limitación a la libre circulación, por no permitir desplazamientos espontáneos de trabajadores en busca de empleo.

Esta cuestión no ha quedado definitivamente resuelta, pues el TJCE en varios asuntos en los que tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto (Asuntos, entre otros, 48/75, «Roger»; 118/76, «Watson y Belman»; 53/81, «Levin» y 116/81, «Adoui y Cornuaille»), ha eludido manifestarse en uno u otro sentido. Sin embargo, la opinión mayoritaria se inclina por defender la tesis, según la cual, la garantía del derecho de libre circulación puede quedar en entredicho si no se reconoce a los trabajadores que pretenden buscar un empleo la posibilidad de desplazarse para esa finalidad por el territorio comunitario. Ello parece ir en favor del espíritu que anima la construcción del proyecto europeo, pero en cierta medida contradice las pretensiones de vigilancia y control por parte de las instituciones comunitarias sobre los movimientos migratorios al tratar de evitar que se produzcan desequilibrios en el mercado de trabajo unificado. A lo que puede verse, las acciones de la Comunidad por ahora se encaminan a efectuar serios controles sobre el lanzamiento de ofertas y demandas de trabajo, dentro de marco de la promoción de un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad. Tal promoción ha quedado reforzada en el AUE, donde la «cohesión económica y social» ha pasado a convertirse en un objetivo prioritario, como lo demuestra la incorporación al Tratado CEE de un nuevo T. V en su Parte Tercera bajo esta

una rúbrica, proponiéndose, en particular, reducir las diferencias entre las diversas regiones, así como el retraso de las regiones menos favorecidas (art. 23 E). Evidentemente, los movimientos migratorios masivos y faltos de control en determinadas zonas o regiones de la Comunidad pueden, en un momento dado, provocar distorsiones del mercado económico y, en particular, graves desequilibrios que afectarían, inevitablemente, a los niveles de desarrollo de aquellas regiones menos favorecidas.

*b) El derecho a desplazarse libremente en el territorio de los Estados miembros*

Esta posibilidad se presenta como auténtico derecho subjetivo de los trabajadores comunitarios directamente invocable ante los Tribunales nacionales, de modo que los Estados miembros reconocerán a los trabajadores nacionales de cualquiera de ellos y a sus familiares el derecho de abandonar su territorio para acceder a una actividad asalariada en el territorio de cualquier Estado miembro. Asimismo, garantizarán el derecho a la entrada de dichos trabajadores sin más requisito que un documento de identidad o pasaporte válido (art. 2 Directiva 68/104/CEE).

*c) El derecho de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer un empleo*

El derecho a residir en otro Estado miembro se acredita mediante un documento de residencia expedido por el Estado de acogida, documento que en ningún caso presenta valor constitutivo, sino en todo caso *ad probationem*, puesto que el derecho mismo ha quedado establecido expresamente por el propio Tratado E.

Ultimamente, la Directiva 90/364/CEE, de 28 de junio de 1990, ha ampliado las obligaciones de los Estados miembros a conferir el derecho de residencia a los trabajadores comunitarios, así como a sus familiares, siempre que cuenten con recursos suficientes y no se conviertan en una carga para el Estado de acogida (art.

*d) El derecho de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ocupado en él un empleo*

La circunstancia de estar ejerciendo o de haber ejercido con anterioridad un empleo se requiere, indefectiblemente, en relación con el derecho de residencia posible permanencia del trabajador en el Estado de acogida, planteando especialmente la cuestión de hasta qué punto y bajo qué condiciones los trabajadores que han perdido su empleo conservan el derecho a residir en el Estado de acogida.

Sobre este tema el TJCE ha suministrado las pautas de entendimiento de la condición de trabajador comunitario (que no es definida por el Tratado), extendiéndola no sólo a quienes ocupan un empleo, lo cual no parecía ofrecer grandes dudas, sino también a quienes han perdido su empleo, pero se encuentran en condiciones de ocupar otro (Asuntos 75/63, «Unger», y 118/76, «Watson y Man»). No obstante, la Directiva 68/360/CEE vino admitiendo la permanencia de dichos trabajadores por un periodo limitado de tiempo (en ocasiones, superior a doce meses) para la búsqueda de un nuevo empleo, lo cual, de no producirse, a larga provocaba que el trabajador comunitario se viera obligado a retornar a su

país de origen, dando lugar con ello a un claro supuesto de limitación del derecho de libre circulación.

Recientemente, la Directiva nº 90/365/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer una actividad profesional, ha establecido las condiciones en que puede ejercerse actualmente el derecho a permanecer en el Estado de acogida, una vez que se haya perdido el puesto de trabajo que se ocupaba, esto es, siempre que dichos trabajadores disfruten de una pensión de invalidez, de jubilación anticipada o de vejez, o de un subsidio por accidente de trabajo o enfermedad profesional de nivel suficiente para que su estancia no se convierta en una carga para el Estado en cuestión, y dispongan de un seguro de enfermedad que cubra tales riesgos (art. 1.1).

Es fácil comprobar que esta última Directiva ha alterado los criterios del TJCE en el sentido de proteger exclusivamente el derecho a continuar residiendo en el Estado de acogida a aquellos trabajadores que han perdido su empleo, pero se encuentran en situación de ocupar otro. Se ha producido una ampliación del ámbito subjetivo de beneficiarios del derecho de permanencia, admitiéndose que continúen residiendo en el Estado en que desempeñaron un puesto de trabajo aquellos trabajadores que potencialmente han perdido su capacidad para el trabajo o la han visto reducida (como es el caso de los pensionistas por invalidez) o han concluido su vida laboral activa (jubilados). Por supuesto que el derecho de permanencia se extiende también a los familiares del trabajador, puntualizando la Directiva que tanto su cónyuge como los hijos a su cargo podrán acceder a cualquier tipo de actividad en el Estado de acogida, aún cuando no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

### III. LA REALIZACIÓN PROGRESIVA DE LA LIBRE CIRCULACION

El Tratado constitutivo de la Comunidad monta la arquitectura del derecho de libre circulación como un derecho de realización progresiva en el tiempo, no de efectividad inmediata. La progresividad aquí significa no otra cosa que la construcción definitiva de la Comunidad europea ha de llevarse a cabo por etapas. Reflejo de esa decisión es el art. 49 del Tratado CEE, el cual establece un plan progresivo de implantación de dicha libertad.

En desarrollo del citado precepto, la libertad comunitaria fue objeto de distintas ampliaciones con el transcurso del tiempo, establecidas, inicialmente, por el Reglamento 15/1961/CEE, de 16 de agosto, posteriormente, por el Reglamento 38/1964/CEE, de 25 de marzo, quedando fijado su régimen definitivo en el Reglamento 1612/1968/CEE, aún en vigor (si bien con ciertas e importantes modificaciones), donde se contienen las disposiciones básicas referidas a la supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad.

A fin de hacer efectiva progresivamente la libre circulación, el Tratado ordena que el Consejo (según la nueva redacción dada al art. 49 del Tratado por

el art. 6.3 del AUE) adopte determinadas medidas, especialmente: a) asegurar la colaboración entre las Administraciones nacionales de trabajo; b) eliminar aquellos procedimientos y prácticas administrativos que resulten de la legislación nacional o de acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo para la liberalización de movimientos de los trabajadores; c) eliminar los plazos y restricciones previstos en las legislaciones nacionales o en acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, que impongan a los trabajadores de los demás Estados miembros condiciones distintas de las otorgadas a los trabajadores nacionales para la libre elección de un empleo, y d) introducir mecanismos de puesta en contacto y de compensación de ofertas y demandas de empleo.

De entre los objetivos señalados, los cuales han ido alcanzándose paulatinamente por medio de la acción de las instituciones de la Comunidad, llama la atención el original sistema o mecanismo de puesta en contacto y de compensación de ofertas y demandas de empleo, creado con el fin de no colocar «en grave peligro el nivel de vida y de empleo en las diversas regiones e industrias», tal como el mencionado art. 49 se encarga de precisar.

Las funciones inherentes a tal mecanismo de compensación son desempeñadas por la Oficina Europea para la Coordinación de la compensación de ofertas y demandas de empleo, creada por el Reglamento 15/1961/CEE y articulada con posterioridad por el Reglamento 1612/1968/CEE, la cual permanece orgánicamente adscrita a la Comisión. La Oficina actúa de acuerdo con un sistema uniformado regulador del mecanismo de compensación denominado SEDOC, que, en su momento, fue diseñado por la Comisión (Decisión de 8 de diciembre de 1972).

Para que opere el mecanismo de compensación de ofertas y demandas de empleo, al menos una vez al mes, deben remitirse a la Oficina por parte de los servicios de empleo de cada Estado una relación de las ofertas no cubiertas por el mercado nacional de trabajo y, por otra parte, las solicitudes de empleo formuladas por los trabajadores nacionales dispuestos a trabajar en otro país. Igualmente, se remiten a los servicios de empleo de los restantes Estados miembros con el fin de hacer llegar las ofertas no satisfechas a trabajadores nacionales de los mismos que hayan mostrado su disponibilidad para desplazarse y acceder a un puesto de trabajo en el territorio de otro Estado comunitario.

Dos veces por año y sobre la base de un informe elaborado por la Comisión a partir de las informaciones proporcionadas por los Estados miembros, éstos y la Comisión analizan los resultados del funcionamiento del mecanismo de compensación, el número de colocaciones de nacionales de terceros Estados y la previsible evolución del mercado de trabajo, adoptando las medidas necesarias para cubrir los empleos disponibles con nacionales de Estados miembros, a fin de conseguir un equilibrio entre las ofertas y demandas de empleo.

No obstante, desde el año 1989 la propia Comisión ha iniciado los trabajos encaminados a modificar por completo el sistema SEDOC con el fin de facilitar el suministro de la información a los trabajadores que deciden trabajar o buscar un empleo en otro Estado miembro, ajustándose en mayor medida a las actuales circunstancias y características del mercado de trabajo.

El gran obstáculo para la libre circulación lo constituía la Seguridad Social, debido al carácter territorial que tradicionalmente la ha inspirado, ante la aspiración por parte de los Estados de aplicar en su territorio su propia legislación protectora, desplazando con ello la ley personal de los extranjeros. De ahí que el Tratado haya previsto la adopción de las medidas necesarias en esta materia, creando a tal efecto (art. 51) un sistema de protección social llamado a garantizar dos objetivos a los trabajadores y a sus derechohabientes. En primer lugar, 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 éstas. Por otra parte, el pago de las prestaciones a las personas que residan en el territorio de los Estados miembros.

En la CEE, la combinación de los principios de adquisición y conservación de los derechos adquiridos y de aquéllos que se encuentran en vías de adquisición permite reconstruir toda la carrera profesional del trabajador en relación con la Seguridad Social, a pesar de haberse sometido sucesivamente a distintas legislaciones nacionales por el hecho de haber trabajado en distintos países comunitarios. Por ello, en la Comunidad el trabajador se desplaza con su Seguridad Social, con lo cual los derechos ya adquiridos o en vías de adquisición se van acumulando, de acuerdo con el tiempo efectivo de trabajo y los correspondientes periodos de aseguramiento en cada país. Cada Estado admite como si hubieran acontecido en su territorio periodos de trabajo, de residencia y de cotización que, realmente, han ocurrido en el de otros Estados miembros de la Comunidad.

No es de extrañar, por consiguiente, que ante un determinado estado de necesidad el Estado de acogida del trabajador comunitario le ofrezca la protección debida reunificando su trayectoria profesional y los periodos de cotización habidos en la misma a efectos de otorgarle las prestaciones que por ellos le correspondan. De lo que se trata, en definitiva, es de evitar que el trabajador se vea perjudicado por los desplazamientos en el interior de la Comunidad.

Un sistema de Seguridad Social de estas características ha venido construyéndose progresivamente por la acción del Consejo, mediante la aprobación sucesiva de Reglamentos definidores del mismo, a partir de 1958. En la actualidad, el Reglamento 1408/1971/CEE, de 14 de julio de 1971, completado por el nº 2001/1983, de 2 de junio, ambos sometidos a posteriores modificaciones, contienen el cuerpo normativo básico relativo a los regímenes de Seguridad Social aplicables a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y a los miembros de sus familias. En coherencia con el derecho de libre circulación y como complemento del mismo, el sistema comunitario de protección social se orienta hacia un doble campo de actuación: garantizar a los trabajadores comunitarios y a sus derechohabientes el derecho a beneficiarse de las prestaciones de Seguridad Social cualquiera que sea su lugar de trabajo o de residencia y, de otra parte, asegurar la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes comunitarios.

La Comunidad no ha optado por crear un sistema comunitario de Seguridad Social, confiriendo al asegurado un crédito único a repartir entre diferentes legislaciones y ámbitos nacionales.

esto en evidencia el TJCE, deja subsistir los diversos regímenes nacionales contra los cuales el interesado puede hacer valer sus derechos directamente, ya sea en virtud del Derecho interno del Estado en cuestión, o bien de ese Derecho completado con el sistema de totalización de periodos previsto en el art. 51 del Tratado para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales o para el disfrute de éstas (Asuntos 1/67, «Ciechelski», y 115/87, «Bakker»).

Igualmente y completando así el sistema establecido, en numerosas ocasiones ha debido pronunciarse el Tribunal para determinar cuál es la legislación aplicable en materia de reconocimiento y liquidación de pensiones (Asunto 83/77, «Viva») o, en su caso, de revisión de las mismas (Asunto 32/76, «Saieva»); igualmente, ha tenido que intervenir con el fin de precisar cuál es el Estado competente en casos de trabajos realizados en varios países comunitarios para abonar prestaciones de invalidez (Asunto 199/88, «Cabras»), vejez (Asunto 85/77, «Maria Ravid»), desempleo (Asuntos 192/87, «Vanhaeren», 236/87, «Bergeman» y 163/89, «di Conti»), prestaciones familiares (Asuntos 228/88, «Bronzino» y 12/89, «Gatto»); también ha fijado ciertos criterios al aclarar las reglas que deben tomarse en consideración sobre acumulación e incompatibilidad de pensiones (Asunto 115/87, «Bakker»), cómputo de cotizaciones efectuadas (Asunto 324/88, «R. Vella»), e indudablemente hay que dejar asimismo constancia de su aportación interpretativa en la consolidación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la protección de la Seguridad Social (por todos, véase el Asunto 373/89, «Nadine Rouvroy»).

Por último, hay que señalar que la libre circulación de trabajadores presenta una importante excepción al expulsar de su ámbito de aplicación el trabajo correspondiente a los empleos en la Administración Pública (at. 48.4 del Tratado CEE). Al igual que ocurre con otros términos o expresiones, el Tratado no recoge el concepto, una definición y ni siquiera una orientación sobre lo que debe entenderse por «empleos en la Administración Pública», ni tampoco ofrece elementos que permitan conocer cuál es el alcance con que dicha noción se utiliza.

De nuevo en este caso, el TJCE ha realizado una tarea eficazísima al objeto de acotar una noción comunitaria de aquellos empleos que pueden considerarse excluidos en la cláusula excluyente del art. 48.4. El precepto en cuestión, ha precisado el Tribunal, hace referencia únicamente a aquellas actividades que conllevan una «participación», directa e indirecta, en el ejercicio del poder público o en aquellas funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado (Asunto 149/79, «Comisión contra Reino de Bélgica») (1). En consecuencia, sólo permite excluir a los trabajadores de otros Estados miembros que realicen un determinado tipo de actividades, esto es, aquellas que implican una participación en los poderes públicos, sin que la excepción pueda fundamentarse en el vínculo que une al individuo con la Administración (trabajador o funcionario), puesto que tales calificaciones jurídicas son variables en función de las legislaciones nacionales y, por tanto, no proporcionan un criterio de interpretación adecuado a los criterios del Derecho comunitario (Asunto 152/73, «Sotgiu»). Si la excepción de los empleos en la Administración Pública se extendiera a todos aquellos empleos que implican

participación en las tareas propias de la Administración, serían innumerables los puestos susceptibles de escapar al ámbito de la libre circulación de trabajadores.

Por ello, y esta es la solución que aporta el Tribunal, debe examinarse cada caso concreto para precisar cuáles son, en cada Estado, los supuestos comprendidos entre las actividades que comportan el ejercicio de la potestad pública o afectan a la salvaguardia de los intereses internos y externos del Estado y que, por lo mismo, no permiten el acceso de los nacionales de otros Estados de la Comunidad (Asuntos 225/85, «Comisión contra Italia», y 147/86, «Comisión contra Grecia»).

#### IV. LA CREACION DE UN MERCADO INTERIOR UNICO Y SU DIMENSION SOCIAL

El Acta Unica Europea ha venido a asignar a la Comunidad un doble objetivo a partir del 1 de enero de 1987; la realización del mercado interior y la reactivación de las políticas comunes. En definitiva, ha atribuido a la misma la función de establecer un conjunto económico coherente y eficaz mediante una serie de disposiciones relativas al mercado interior, así como a la cohesión económica y social. Pero, quizás, uno de los elementos más significativos del AUE ha sido poner de manifiesto la importancia que reviste el entorno vital del individuo, particularmente, en lo que concierne a las condiciones en que se desarrolla el trabajo que habitualmente realiza, lo que explica todo el conjunto de disposiciones que incorpora referente a la política social.

El mercado interior, según indica el art. 13 AUE, implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada en el ámbito comunitario. En tal sentido, la Comunidad deberá adoptar las medidas destinadas a establecer progresivamente dicho mercado en el transcurso de un periodo que va desde el 1 de enero de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1992.

La dimensión social del mercado interior constituye un factor decisivo de este proyecto comunitario, pues si hasta ese momento el interés se había centrado en aumentar el crecimiento económico y la competitividad exterior, ahora se pretende lograr, lo que desde el punto de vista social es muy importante, una utilización más eficaz y completa de los recursos así como un reparto justo de los beneficios que se obtengan. El nivel de vida y de protección social del ciudadano europeo queda así anudado al proyecto común de la Comunidad, de tal modo que el progreso social y las ventajas que de él derivan para los ciudadanos se convierte en la justificación política y económica del propio mercado interior.

En este marco se sitúa la nueva orientación que debe impregnar la política social comunitaria, amplia y profundamente desarrollada en los últimos años y orientada hacia diferentes núcleos de actuación.

En primer lugar, el desafío del paro y el crecimiento del empleo han constituido y deben constituir un lugar privilegiado de atención por parte de la Comunidad. Se ha planteado la necesidad de realizar un esfuerzo mayor que en

el pasado para coordinar las políticas económicas en el ámbito comunitario, como instrumento valioso en la creación del mercado interior y la consecución de la cohesión económica y social, superando las visiones localistas que puede proporcionar la desigual distribución del paro y su distinta incidencia en diferentes regiones (Documento «Marín»).

En segundo término, la política social debe comenzar a desarrollar una importante función para la consecución del mercado interior desde diferentes ámbitos: favoreciendo la movilidad de los trabajadores mediante la superación de las trabas y restricciones que aún continúan aplicándose y que condicionan la libertad del establecimiento y la libre circulación de trabajadores; impulsando los intercambios del personal técnico y cualificado al objeto de fortalecer el desarrollo científico y tecnológico; poniendo en marcha las medidas necesarias con el objeto de crear un mercado ocupacional europeo, ya sea por medio del reconocimiento mutuo de cualificaciones profesionales, como por la observación permanente de los flujos migratorios intracomunitarios de mano de obra poco cualificada, etc., etc.

En tercer lugar, la formación permanente y, en concreto, la formación profesional debe convertirse en un punto central de la acción comunitaria en aras de conseguir la deseada cohesión económica y social y la realización del gran mercado. En este aspecto, el Consejo ya ha aprobado por medio de la Decisión 90/267/CEE, de 29 de mayo de 1990, un programa de acción para el desarrollo de la formación profesional continuada en la Comunidad (Programa FORCE), apoyando y completando las políticas llevadas a cabo en este sentido por cada uno de los Estados miembros para promover el desarrollo de la formación profesional continua. Con ese objetivo, se utilizan dos técnicas distintas: una, fijando unas directrices para secundar y completar las políticas estatales en materia de formación profesional, y otra, adoptando una serie de medidas transnacionales aplicables a escala comunitaria, plan que deberá llevarse a cabo, como señala la propia directiva, entre 1991 y 1994, siendo subvencionado por la propia Comunidad.

Por último, la armonización de las disposiciones relativas a las relaciones laborales, así como la homogeneización de las condiciones de trabajo se convierten en uno de los campos de acción prioritaria de la Comunidad. En este punto, qué duda cabe que la «Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores» aprobada, como se sabe, con el voto en contra de Gran Bretaña durante el Consejo Europeo celebrado en Estrasburgo los días 8 y 9 de diciembre de 1989, pudo constituir un hito importantísimo en el proceso de creación de una Comunidad que no sólo se limita a reconocer derechos políticos o civiles, sino que, además, asume la proclamación de auténticos derechos fundamentales de carácter social.

Sin embargo, las esperanzas que se albergaron en orden a contar con un texto comunitario que creara derechos directos y de aplicación inmediata para los trabajadores quedaron frustradas en la redacción definitiva de la Carta, cuya naturaleza no es otra que la de una declaración programática en la cual se han establecido las líneas de orientación vinculantes para las instituciones comunitarias

en su futura actividad normativa. Para cada uno de los Estados miembros representa una especie de pacto o acuerdo interestatal que compromete a los mismos al cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Carta sólo mediante actos de recepción interna.

Sin que sea éste el lugar adecuado para analizar el contenido de la Carta Comunitaria, hay que dejar constancia del Programa de Acción que ya desde el mes de enero de 1990 fue elaborado por la Comisión para la aplicación de aquélla en el ámbito comunitario. Dicho Programa anunciaba unas cuarenta propuestas que deberían ser presentadas por la Comisión misma ante el Consejo para su aprobación en un plazo que ha de expirar a finales de 1992, sobre derechos tan importantes como: libre circulación, libertad de asociación empresarial, libertad sindical y negociación colectiva, derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, y sobre otros aspectos de las relaciones de trabajo como, por ejemplo, formación profesional, protección de la salud y seguridad en el medio laboral, protección social, empleo y retribución, mejora de condiciones de vida y trabajo, etc., etc.

Algunas de esas propuestas se han traducido a estas alturas en verdaderas disposiciones comunitarias, tal es el caso de la trayectoria iniciada para la superación de restricciones existentes con relación a los desplazamientos en el territorio de la Comunidad, facilitándose el derecho de residencia, en general, a través, de la Directiva 90/364/CEE, de 28 de junio de 1990, y de los trabajadores, en particular, en el Estado en que han ocupado un empleo, por medio de la Directiva 90/365/CEE, de la misma fecha. Igualmente, la Comisión ha emitido su Recomendación 90/326/CEE, de 22 de mayo de 1990, con el objeto de promover la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales. En esta línea, la Decisión del Consejo 90/267/CEE, de 29 de mayo de 1990, ha creado el programa sobre formación profesional continuada (FORCE), ya citado.

De todo ello cabe deducir que la verdadera efectividad de la Carta Comunitaria dependerá del desarrollo que de la misma efectúen las instituciones comunitarias y del grado de vinculación con que los Estados miembros deban someterse al mismo. Pero, en principio, cabe afirmar que el texto de la Carta no abriga grandes expectativas al objeto de contar con derechos sociales directos y verdaderamente efectivos.

## V. EL PERIODO TRANSITORIO Y LA ADHESION DEFINITIVA DEL ESTADO ESPAÑOL A LA COMUNIDAD

Hasta aquí se ha expuesto lo que constituye el nivel de desarrollo alcanzado por el acervo comunitario sobre la libre circulación de trabajadores. Evidentemente, el pacto de un periodo transitorio de adhesión del Estado español a la CEE ha traído consigo una serie de limitaciones en la aplicación del mismo, limitaciones de carácter territorial (en el territorio español) y de carácter personal (con relación a los trabajadores españoles que presten sus servicios en otros Estados miembros y de trabajadores comunitarios que realicen actividades asalariadas en España).

El Acta de Adhesión del Estado español prevé un lapso de tiempo encaminado a producir un acercamiento progresivo al Derecho comunitario con una inicial y tímida reducción de restricciones a los desplazamientos de nacionales de otros Estados miembros a nuestro país y viceversa. Sin duda, la finalidad del periodo transitorio consiste en dar tiempo al legislador nacional para ir adaptando paulatinamente su ordenamiento a la plena vigencia de los principios comunitarios. Se trata, en definitiva, de evitar los perjuicios que se originarían por la aplicación inmediata del principio de libre circulación (TJCE, Asunto 77/1982, «Peskeloglou»).

Sin embargo, hasta el 31 de diciembre de 1992, el Estado español y los demás Estados comunitarios pueden recíprocamente someter a autorización previa la inmigración con miras al acceso o a ejercer un trabajo por cuenta ajena, en relación con los nacionales de dichos Estados, por una parte, y los nacionales españoles, por otra (art. 56 del Acta). En el caso de Luxemburgo esta facultad se mantiene hasta el 31 de diciembre de 1995. Ello no significa que no existan disposiciones comunitarias que ha sido preciso comenzar a aplicar a partir de la adhesión misma, entre ellas y especialmente las referidas a la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad en la realización del trabajo por cuenta propia o ajena.

Esa es la razón que motivó la aprobación del RD 1099/1986, de 26 de mayo, que contiene las normas reguladoras de las condiciones de entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad durante el periodo de transición.

El derecho de libre circulación puede ser ejercido por los trabajadores nacionales de los países comunitarios en España e, igualmente, por los trabajadores españoles en los Estados miembros. Ahora bien, el derecho de libre circulación que supone la igualdad en el acceso al empleo, en las condiciones de trabajo y en la protección social va a quedar sometido a las condiciones establecidas en el Acta de Adhesión, ajustándose a lo que ha de ser esta etapa inicial de incorporación a la Comunidad.

Para residir y trabajar por cuenta ajena en España los nacionales de otros Estados miembros y, en su caso, los miembros de su familia que les acompañen necesitan obtener determinados documentos y, en ese sentido, puede afirmarse que aún no existe libertad plena de desplazamiento. Deberán solicitar autorizaciones de entrada a nuestro país, de residencia y, en particular, un permiso de trabajo para poder realizar la actividad laboral correspondiente. Este último requisito representa, quizá, la quiebra más notable del principio de no discriminación con los trabajadores nacionales en el acceso al empleo durante el periodo transitorio. Si se tiene en cuenta que ante la solicitud de cualquier permiso de trabajo por un trabajador comunitario, cualquier trabajador español que ostente la categoría profesional solicitada en la oferta hecha a aquél goza de preferencia absoluta para ocupar el puesto de trabajo solicitado, queda de manifiesto que en la fase inicial de acceso al empleo aún no se ha producido la igualdad pretendida por la concepción comunitaria de la libre circulación de trabajadores.

No obstante, hay que precisar que dicho permiso lo pueden obtener los

migrantes comunitarios en condiciones mucho más favorables y ventajosas que cualquier extranjero nacional de un tercer Estado no miembro de la Comunidad (art.s 12 y ss. RD 1099/1986, de 26 de mayo), y, al propio tiempo, no se les puede retirar o denegar la renovación del mismo por el sólo hecho de que no ocupen un empleo o por hallarse en situación de paro involuntario debidamente constatado por la Oficina de Empleo correspondiente. Ello es consecuencia de que tanto a los trabajadores comunitarios que hayan ocupado un empleo en nuestro país como a sus familiares se les reconoce el derecho a permanecer en el mismo. La Directiva 90/365/CEE, ya citada, regula actualmente los supuestos que permitirían la permanencia en el Estado español cuando el trabajador comunitario haya perdido su empleo y disfrute de una pensión de invalidez, de vejez o de un subsidio por accidente de trabajo y enfermedad profesional en las condiciones allí señaladas. Es preciso que se dicte la norma española de recepción correspondiente que, inexcusablemente, habrá de acoger estas nuevas circunstancias, pues los Estados disponen de un plazo que finaliza el 30 de junio de 1992 para aprobar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que den cumplimiento a esta Directiva.

Otro aspecto cuya entrada en vigor se ha aplazado hasta el 1 de enero de 1993 es la aplicación del sistema SEDOC o mecanismo de compensación de ofertas y demandas de trabajo (art. 59 del Acta), sistema que, en definitiva, favorece los desplazamientos por todo el territorio comunitario para ocupar un empleo. De esa manera, por el momento, ni los trabajadores españoles con relación a las ofertas comunitarias de trabajo ni los trabajadores de otros países miembros de la Comunidad se benefician de este servicio de información. La recopilación y difusión de tales informaciones entrará definitivamente en vigor a partir de 1993, momento en que los servicios públicos de empleo españoles deberán comenzar a funcionar remitiendo ofertas y haciéndose eco de las demandas de empleo comunitarias en el marco de lo dispuesto por sendas Decisiones de la Comisión de 8 y de 14 de diciembre de 1972.

Por su parte, la Seguridad Social fue otro de los temas objeto de negociaciones y que, finalmente, quedó sometido a ciertas restricciones en la etapa transitoria. Así, definitivamente, el Acta (art. 60) estableció un régimen diferenciado por etapas, antes y después de 1988. Hasta el 31 de diciembre de 1988 los trabajadores comunitarios cobrarían prestaciones familiares cuando se encontrasen trabajando en España o cobrando prestaciones por desempleo, aun cuando sus familiares no residieran con el trabajador en territorio español. Dichas prestaciones las percibirían de acuerdo con lo establecido por la legislación del Estado en que tuvieran fijada su residencia los miembros de la familia del trabajador y la institución obligada al pago sería la competente en este último Estado.

Por el contrario, a partir del 1 de enero de 1989, el derecho a percibir tales prestaciones permanece intacto, pero varía la institución responsable del pago de las mismas, esto es, los órganos correspondientes de la Seguridad Social española. Todo ello, mediante un complejo modelo de reparto y acumulación de prestaciones del que se ocupa y regula el Reglamento 1408/71/CEE, así como el

En los restantes aspectos sobre el sistema de protección social no han habido alteraciones respecto de lo establecido por el Derecho comunitario, si bien, en el propio Acta de Adhesión española se mantuvieron hasta finales de 1988 tratos particulares con relación a ciertos trabajadores comunitarios nacionales de países con los que España había suscrito Tratados bilaterales, pero que hoy no tienen ya razón de ser.

## LA PROTECCION POR DESEMPLEO PARA SOCIOS DE COOPERATIVAS.

**Sumario: I. Ambito subjetivo. II. Nivel de protección. III. Requisitos: 1. En general. 2. En especial: la situación legal de desempleo. IV. Dinámica de la prestación. V. Eficacia de este sistema de protección: conclusiones.**

Por RAFAEL SÁNCHEZ-BARRIGA PEÑAS (\*)

A partir del 3 de julio de 1985, los socios de cooperativas de trabajo asociado fueron incorporados a la protección por desempleo en virtud del Real Decreto 1.043/85, de 19 de junio. «Razones de justicia y equidad han aconsejado al Gobierno....», confiesa este Real Decreto en su preámbulo, establecer una protección «que evite la injusticia material que se produciría si, por deficiencias imputables al propio sistema, personas obligatoriamente incluídas en el mismo y a las que se impone una cotización obligatoria por desempleo, no tuvieran acceso a la efectiva protección legal al perder sus puestos de trabajo».

Y esta era exactamente la situación anterior: al socio trabajador incluído en Régimen General (o Especial que cubra esta contingencia), se le imponía la cotización por desempleo sin que, en modo alguno, pudiese tener acceso a la prestación; una doctrina jurisprudencial, consolidada incluso por el Tribunal Constitucional, apoyó teóricamente la denegación sistemática de estas prestaciones tanto en la peculiar naturaleza jurídica de la relación socio-cooperativa (unánimemente se afirma que no es de trabajo por cuenta ajena), como en criterios de falta de correlación entre cuotas y prestaciones o bien la ausencia de enriquecimiento injusto en la Administración, tan frecuentemente utilizados ambos en materia de Seguridad Social.

Sin embargo, el legislador de 1985 superando—sobre todo, en el preámbulo del Real Decreto— la realidad legal anterior y la jurisprudencia que la venía interpretando, pretende acabar con esa situación injusta mediante una «efectiva protección».

Las conclusiones de este trabajo pretenden comprobar si el sistema protector establecido resulta eficaz al fin propuesto, para lo cual ha de comenzarse por estudiar el régimen jurídico del propio sistema; entendemos que ese examen debe comprender el análisis de las categorías de sujetos protegidos, nivel de protección previsto y requisitos que se exigen para acceder a la misma.