



COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Bruselas, 11.12.2002
COM(2002) 694 final

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

La libre circulación de trabajadores – La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades

ÍNDICE

1. Introducción	3
2. Libre circulación de los trabajadores	5
2.1. Introducción	5
2.2. Residencia y expulsión.....	6
2.3. Acceso al empleo e igualdad de trato en el mismo	7
2.4. Ventajas fiscales y sociales	8
2.5. Miembros de la familia	9
2.6. Perspectivas futuras.....	10
3. Seguridad social	10
3.1. Introducción	10
3.2. No exportabilidad de las prestaciones especiales de carácter no contributivo.....	13
3.3. Asistencia sanitaria.....	14
3.4. Cotizaciones a la seguridad social.....	17
4. Trabajadores fronterizos.....	18
4.1. Introducción	18
4.2. Trabajadores fronterizos jubilados	18
4.3. Fiscalidad	19
5. Sector público.....	19
5.1. Introducción	19
5.2. Acceso al empleo en el sector público	20
5.3. Reconocimiento de la experiencia profesional y de la antigüedad	23
5.4. Reconocimiento de cualificaciones y títulos.....	25
6. Conclusión.....	27

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente Comunicación es describir de forma práctica algunas de las cuestiones de mayor importancia para los trabajadores migrantes y sus familias, así como el modo en que las aborda y las abordará la Comisión, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (que denominaremos «el Tribunal») y de la experiencia diaria de los servicios de la Comisión examinando las quejas de los ciudadanos.

A través de ella, la Comisión pretende acercar la Unión a sus ciudadanos informándoles de los derechos que les han sido conferidos en virtud del Derecho comunitario en el ámbito de la libre circulación, y permitiéndoles que ejerzan mejor dichos derechos. A este respecto se debería tener en cuenta que el principio fundamental de no discriminación por razones de nacionalidad que figura en el Tratado no es sólo obligatorio para las autoridades públicas, sino también para las entidades privadas.

La libre circulación de personas es una de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario e incluye el derecho a vivir y trabajar en otro Estado miembro. En un principio, esta libertad estaba destinada fundamentalmente a las personas económicamente activas y a sus familias. En la actualidad, el derecho de libre circulación en la Comunidad también afecta a otras categorías, como los estudiantes, los pensionistas y los ciudadanos de la UE en general¹. Quizá sea el derecho más importante conferido a los individuos en virtud del Derecho comunitario, y un elemento esencial de la ciudadanía europea.

La libre circulación es un medio para la creación de un mercado de trabajo europeo y para el establecimiento de un mercado laboral más flexible y eficiente, en beneficio de los trabajadores, los empresarios y los Estados miembros. Es indudable que la movilidad laboral permite a los individuos mejorar sus perspectivas de empleo y a los empresarios contratar a las personas que necesitan. Es un elemento importante para la realización de unos mercados laborales eficientes y de un alto nivel de empleo.

La seguridad social es una cuestión clave para las personas que ejercen su derecho de libre circulación². Cuando se garantiza el principio de igualdad de trato y que las personas que se desplazan en la Comunidad no estén en desventaja respecto a sus derechos de seguridad social, esta libertad fundamental se convierte en un valor real y tangible. Por tanto, no es posible una verdadera libre circulación sin salvaguardar los derechos de seguridad social de los trabajadores migrantes y sus familias, lo cual constituye uno de los objetivos del Reglamento (CEE) nº 1408/71³ relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a las personas que se desplazan dentro de la Comunidad.

Sin embargo, la realidad es que siguen existiendo muchos obstáculos prácticos, administrativos y jurídicos que impiden a los ciudadanos de la Unión ejercer su libertad de circulación. También es obvio que estas dificultades impiden a los trabajadores y a los

¹ A modo de ejemplo: asunto C-184/99, Grzelczyk, y asunto C-85/96, Martínez Sala; Rec. 1998, p. I-2691.

² Véase la Guía «Normativa comunitaria en materia de seguridad social - Sus derechos cuando se desplaza en la Unión Europea».

³ Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14.6.1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, DO L 149 de 5.7.1971, p. 2, cuya última codificación la constituye el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, DO L 28 de 30.1.1997.

empresarios realizar plenamente las ventajas y las posibilidades de la movilidad geográfica. Esto se ve confirmado por el gran número de cartas enviadas por los ciudadanos relativas a la correcta aplicación de las normas comunitarias sobre la libre circulación o sobre sus medidas de aplicación nacionales⁴, y por el creciente número de sentencias del Tribunal en este ámbito.

Por tanto, la Comisión considera que se debe llamar la atención tanto de los ciudadanos como de los Estados miembros sobre las principales dificultades con que siguen encontrándose en la práctica los trabajadores migrantes y sus familias. La Comisión explicará a continuación cómo se abordan estos problemas, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal y la experiencia diaria que han adquirido los servicios de la Comisión examinando casos individuales relacionados con esta cuestión.

A este respecto, en su papel de guardiana de los Tratados, la Comisión está plenamente comprometida en asegurar que los Estados miembros y las autoridades públicas a nivel nacional, regional y local cumplen los derechos conferidos a los ciudadanos de la UE por el Tratado o por el Derecho derivado.

La presente Comunicación continúa y complementa los informes y los textos anteriores relacionados con la libre circulación, como la Comunicación de la Comisión, de 1990, sobre los trabajadores fronterizos⁵, el informe del Grupo de expertos de alto nivel sobre la libre circulación de personas («Informe Veil»), de 1997, el Plan de acción de la Comisión para la libre circulación de los trabajadores⁶, la Resolución del Consejo y de los Estados miembros sobre el plan de acción para la movilidad⁷, la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la movilidad⁸, la Comunicación de la Comisión sobre una estrategia de movilidad para el espacio europeo de investigación⁹, la Comunicación sobre nuevos mercados de trabajo europeos¹⁰ y el Plan de acción de la Comisión sobre las capacidades y la movilidad¹¹.

La Comunicación se centrará en cuatro cuestiones distintas pero interrelacionadas que plantean problemas específicos a los ciudadanos o que han sido abordadas por el Tribunal. La primera tiene que ver con los obstáculos con que se encuentran actualmente los trabajadores migrantes y sus familias, como el acceso al empleo, los requisitos de idiomas, la igualdad de trato y las ventajas sociales, así como los problemas administrativos y jurídicos relacionados con los derechos de residencia. También se abordarán ciertas cuestiones relativas a la

⁴ En 2002, la unidad de la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales encargada de la libre circulación de trabajadores y la coordinación de los sistemas de seguridad social recibió casi 2 000 cartas, la mayoría de las cuales trataban sobre problemas con los que se habían encontrado ciudadanos particulares.

⁵ Comunicación de la Comisión sobre las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos de la Comunidad que residen en regiones fronterizas y, en particular, de los trabajadores fronterizos, COM(1990) 561 final.

⁶ COM(1997) 586 final.

⁷ Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 14 de diciembre de 2000 sobre el plan de acción para la movilidad, DO C 371 de 23.12.2000.

⁸ Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de julio de 2001, relativa a la movilidad en la Comunidad de los estudiantes, las personas en formación, los voluntarios, los profesores y los formadores, DO L 215 de 9.8.2001.

⁹ COM(2001) 0331 final.

¹⁰ COM(2001) 116.

¹¹ COM(2002) 72.

fiscalidad, los regímenes no estatutarios de la seguridad social¹² y las familias. La segunda cuestión aborda aspectos de seguridad social en relación con el Reglamento (CEE) nº 1408/71, entre ellos los requisitos de residencia para poder beneficiarse de las prestaciones y de la asistencia sanitaria en otro Estado miembro. La tercera cuestión tiene que ver con los trabajadores fronterizos que, al no residir en el Estado en que trabajan, constituyen una categoría específica de trabajadores migrantes, y se encuentran con problemas particulares en materia de asistencia sanitaria, seguridad social y fiscalidad. Y por último, dado que existen problemas importantes en relación con el trabajo en el sector público de otro Estado miembro, en la cuarta parte se abordan cuestiones como el acceso a dicho sector y el reconocimiento de la experiencia profesional previa adquirida en otro Estado miembro.

La presente Comunicación no pretende ser un documento exhaustivo que cubra todos los derechos en materia de la libre circulación que confiere el Derecho comunitario y, por tanto, no aborda cuestiones generales de ciudadanía.

2. LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES

2.1. Introducción

Cualquier ciudadano de un Estado miembro tiene derecho a trabajar en otro Estado miembro¹³. El término «trabajador» no fue definido en el Tratado, pero ha sido interpretado por el Tribunal de la siguiente manera: cualquier persona que (i) realiza un trabajo genuino y efectivo (ii) bajo la dirección de otra persona (iii) por el que se le paga. Esto cubre a cualquier persona que trabaje diez horas a la semana¹⁴ y a las personas en formación¹⁵. Sin embargo, una persona que dirige una empresa de la que es el único accionista no es un trabajador, debido a la ausencia de subordinación¹⁶. Una persona sigue siendo un trabajador aunque su remuneración sea inferior al salario mínimo de subsistencia establecido en el Estado miembro de acogida¹⁷. Dado que la definición de «trabajador» determina el ámbito de aplicación del principio fundamental de libertad de circulación, no debe interpretarse de forma restrictiva¹⁸. Las personas con contratos de duración determinada serán trabajadores siempre que satisfagan las tres condiciones expuestas anteriormente. En este contexto, los funcionarios y los empleados del sector público también son trabajadores. Las disposiciones comunitarias sobre la libre circulación de trabajadores no se aplican a situaciones puramente internas. No obstante, las personas que hayan ejercido su derecho de libre circulación y regresen al Estado miembro del que proceden estarán cubiertas por las disposiciones comunitarias¹⁹.

¹² Véase la Comunicación de la Comisión por la que se inicia una primera fase de consulta a los interlocutores sociales acerca de la portabilidad de los derechos de pensión complementaria (12.6.2002) y la Comunicación de la Comisión sobre la eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones por pensiones transfronterizas de los sistemas de empleo, COM (2001) 214 final de 19.4.2001.

¹³ Artículo 39 del Tratado CE y Reglamento (CEE) nº 1612/68 (DO L 257 de 19.10.1968), que garantiza, por ejemplo, la igualdad de trato en cuanto se refiere al acceso al empleo (incluida la asistencia de las oficinas de empleo), la remuneración y las condiciones de trabajo, la afiliación a organizaciones sindicales, la vivienda y el acceso de los hijos a la educación. Existen limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud públicas, y en relación con el sector público (véase el capítulo 5).

¹⁴ Asunto 171/88, Rinner-Kühn, Rec. 1989, p. 2743.

¹⁵ Asunto C-27/91, Le Manoir, Rec. 1991, p. I-5531.

¹⁶ Asunto C-107/94, Asscher, Rec. 1996, p. I-3089.

¹⁷ Asunto 139/85, Kempf, Rec. 1986, p. 1741.

¹⁸ Asunto 53/81, Levin, Rec. 1982, p. 219.

¹⁹ Asunto 115/78, Knors, Rec. 1979, p. 175; asunto C-370/90, Singh, Rec. 1992, p. I-4265, y asunto C-18/95, Terhoeve, Rec. 1999, p. I-345.

Tras la ampliación de la Unión Europea, la legislación sobre libre circulación de los trabajadores sólo se aplicará a los ciudadanos de los nuevos Estados miembros tras un período transitorio²⁰. No obstante, los ciudadanos de los nuevos Estados miembros que, en el momento de la adhesión de su país a la UE, estén trabajando legalmente con un contrato de duración igual o superior a doce meses en un Estado miembro actual, tendrán libre acceso al mercado de trabajo de ese Estado miembro. Además, la legislación comunitaria sobre coordinación de los regímenes de seguridad social será aplicable desde el día de la adhesión.

Según la legislación comunitaria actualmente vigente²¹, los nacionales de terceros países no disfrutaban de la libre circulación de trabajadores, aunque, si son miembros de la familia de un ciudadano de la UE que haya ejercido su derecho a la libre circulación (lo que en la presente Comunicación se denomina un «trabajador migrante comunitario») tienen derecho a residir y trabajar en el Estado miembro donde esté empleado el trabajador migrante comunitario. La Comisión ha presentado propuestas de legislación con objeto de reconocer a los nacionales de terceros países a desplazarse a los Estados miembros por razones de trabajo y con objeto de ampliar los derechos a la libre circulación a los ciudadanos de terceros países que sean residentes de larga duración²².

2.2. Residencia y expulsión

El derecho de residencia es inseparable del derecho a trabajar en otro Estado miembro, y los Estados miembros deben conceder a los trabajadores migrantes un permiso de residencia como prueba de dicho derecho de residencia²³. La Comisión sigue recibiendo un gran número de quejas de ciudadanos a los que se exige que presenten documentos (como declaraciones fiscales, certificados médicos, nóminas, facturas de electricidad, etc.) distintos de los que se permiten en el marco del Derecho comunitario (documento de identidad y prueba de empleo). Los Estados miembros no están autorizados a expedir permisos temporales por los que haya que pagar una tasa antes de expedir un permiso de residencia²⁴, un punto sobre el cual la Comisión también recibe quejas.

El derecho a trabajar no está condicionado a la obtención del permiso de residencia. La Comisión sigue recibiendo quejas de ciudadanos a los que se exige la presentación de un

²⁰ Los actuales Estados miembros de la UE aplicarán normas nacionales en materia de acceso a sus mercados de trabajo durante los dos años siguientes a la adhesión de los nuevos Estados miembros (con excepción de Chipre y Malta). Tras estos dos años, la Comisión revisará la situación y, a continuación, los actuales Estados miembros podrán decidir si aplican la legislación comunitaria sobre libre circulación de los trabajadores a los ciudadanos de los nuevos Estados miembros o si siguen aplicando su legislación nacional durante otros tres años. Cinco años después de la adhesión, los ciudadanos de los nuevos Estados miembros disfrutarán de plena libertad de circulación, a menos que el mercado de trabajo de un Estado miembro actual sufra o corra el riesgo de sufrir graves distorsiones, en cuyo caso ese Estado podrá aplicar su legislación nacional durante otros dos años. Para más información véase el documento «*Free movement for persons - a practical guide for an enlarged European Union*»: http://europa.eu.int/comm/enlargement/negotiations/chapters/chap2/55260_practica_guide_including_comments.pdf

²¹ Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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, COM(2001) 257 final.

²² Propuesta de directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, COM(2001) 127 final, DO C 240 E de 28.8.2001, p.79. Propuesta de directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, COM(2001) 386 final, DO C 332 E de 27.11.2001, p.248.

²³ Asunto 48/75, Royer, Rec. 1976, p. 205.

²⁴ Asunto C-344/95, Comisión/Bélgica, Rec. 1997, p. I-1035.

permiso de residencia para poder empezar a trabajar, lo cual es contrario al Derecho comunitario.

Además, la Comisión ha recibido numerosas quejas de trabajadores en situación de desempleo involuntario que reciben asistencia social, y que se encuentran con que el Estado miembro de acogida se niega a renovar su permiso de residencia y los amenaza con la expulsión. Si se ha renovado una vez una tarjeta de residencia de cinco años de validez, el Estado miembro no puede negarse a renovarla por razones de desempleo involuntario y, por tanto, no puede expulsar a una persona en tales circunstancias. La Comisión considera que los trabajadores cuyo contrato de empleo de duración determinada haya concluido deben entrar en la categoría de desempleados involuntarios. No se podrán alegar razones de orden público para justificar tales expulsiones²⁵.

2.3. Acceso al empleo e igualdad de trato en el mismo

Un ciudadano de la UE que trabaje en otro Estado miembro debe ser tratado exactamente de la misma manera que sus compañeros que son nacionales de dicho Estado en lo relativo a las condiciones de trabajo, por ejemplo en cuanto a remuneración, formación, despido y reincorporación.

Este derecho de no discriminación por motivos de nacionalidad también se aplica a las disposiciones que —a menos que estén justificadas objetivamente y sean proporcionadas al objetivo perseguido—, por su propia naturaleza, puedan afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales e impliquen por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros (lo que normalmente se denomina «discriminación indirecta»)²⁶. Como ha recordado recientemente el Tribunal en el asunto *Gottardo*²⁷, este derecho fundamental de igualdad de trato exige que, cuando un Estado miembro celebra un convenio bilateral en materia de seguridad social con un país tercero (en el que esté previsto que, a efectos de derecho a las prestaciones, deben computarse los períodos de seguro cubiertos en el país tercero), deberá conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que a sus propios nacionales²⁸.

Es evidente que la capacidad de comunicarse eficazmente es importante y, por tanto, para un determinado puesto de trabajo, puede exigirse un determinado dominio de un idioma, pero el Tribunal ha considerado que cualquier exigencia de conocimiento de un idioma debe ser razonable y necesaria para el puesto de trabajo en cuestión, y no debe utilizarse como excusa para excluir a trabajadores de otros Estados miembros²⁹. Aunque los empleadores (ya sean privados o públicos) pueden exigir a un candidato a un puesto de trabajo conocimientos lingüísticos de un determinado nivel, no pueden pedir como prueba exclusivamente una cualificación específica³⁰. La Comisión ha recibido numerosas quejas sobre ofertas de empleo en las que se exige que los candidatos tengan un idioma determinado como «lengua materna». La Comisión considera que, si bien en determinadas circunstancias bien definidas, para

²⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, COM(1999) 372 final.

²⁶ Asunto C-237/94, *O'Flynn*, Rec. 1996, p. I-2617.

²⁷ Asunto C-55/00, sentencia de 15.1.2002, aún no recopilada.

²⁸ La Comisión ha planteado esta cuestión a los Estados miembros en el contexto de la Comisión administrativa para la seguridad social de los trabajadores migrantes.

²⁹ Asunto 379/87, *Groener*, Rec. 1989, p. 3967.

³⁰ Asunto C-281/98, *Angonese*, Rec. 2000, p. I-4139.

ciertos trabajos puede justificarse la exigencia de un nivel muy alto de conocimientos de una lengua, la exigencia de que ésta sea la materna es inaceptable.

Los trabajadores migrantes pueden tener problemas relacionados con cualificaciones nacionales en otros Estados miembros, por lo que se estableció un sistema de reconocimiento mutuo de cualificaciones y diplomas. Un ciudadano de un Estado miembro que esté plenamente cualificado para ejercer una profesión regulada (es decir, una profesión que no pueda practicarse sin unas cualificaciones profesionales determinadas) en un Estado miembro tiene derecho a que se reconozca su cualificación en otro Estado miembro. Sin embargo, si la formación o el campo de actividad de la profesión en cuestión es *sustancialmente* diferente en el Estado miembro de acogida, se le puede exigir, bien que pase un período de adaptación, o bien que realice una prueba de aptitud; en principio, corresponde al trabajador migrante elegir la opción que prefiera. El reconocimiento automático de los títulos se produce sólo en algunas profesiones, principalmente en el ámbito de las profesiones sanitarias. La Comisión ha propuesto recientemente una Directiva que consolidará en un solo texto las Directivas existentes relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, con objeto de que el sistema resulte más fácil de comprender y aplicar³¹. Con la propuesta también se pretende introducir unas condiciones más sencillas y eficaces, en particular para la prestación de servicios transfronterizos. Además, el Consejo³² ha intervenido para reforzar la cooperación entre los Estados miembros a fin de facilitar la transferibilidad de las competencias y cualificaciones tanto de las profesiones reguladas como de las no reguladas, con objeto de contribuir a una mayor movilidad y a la promoción del aprendizaje permanente.

La Comisión es plenamente consciente del problema que representa para los trabajadores la falta de una verdadera «transferibilidad» de las pensiones profesionales entre los Estados miembros³³. Actualmente se está realizando un seguimiento de la legislación inicial a nivel comunitario relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad³⁴ mediante una consulta de los interlocutores sociales sobre la transferibilidad de los derechos de pensiones profesionales³⁵.

2.4. Ventajas fiscales y sociales

Los trabajadores migrantes se beneficiarán de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales del Estado miembro de acogida³⁶. El Tribunal ha considerado que esto incluye todas las ventajas, vinculadas o no a un contrato, que se conceden generalmente a los trabajadores nacionales con la motivación primaria de su carácter objetivo de trabajadores o por el mero hecho de su residencia en el territorio nacional, y cuya extensión a trabajadores que sean ciudadanos de otros Estados miembros puede, por lo tanto, facilitar la movilidad de esos trabajadores dentro de la Comunidad³⁷. Entre tales ventajas se cuentan, por ejemplo, las

³¹ COM(2002) 119 final.

³² Resolución de 12 de noviembre de 2002 sobre el fomento de una mayor cooperación en materia de educación y formación profesionales.

³³ Comunicación de la Comisión «Hacia un mercado único de sistemas complementarios de pensiones» (COM(1999) 134 final, p. y Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social «La eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones por pensiones transfronterizas de los sistemas de empleo», DO C 165 de 8.6.2001, p. 4-13, COM(2001) 214 final.

³⁴ Directiva 98/49/CE, DO L 209 de 25.7.1998, p. 46 (véase también la Comunicación mencionada en la nota anterior).

³⁵ SEC/2002/597 publicado el 27.5.2002.

³⁶ Apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CEE) n° 1612/68.

³⁷ Asunto C-85/96, Martínez Sala (véase la nota n° 1).

reducciones en las tarifas de transporte público para familias numerosas³⁸, las prestaciones de crianza³⁹, los pagos de los gastos de sepelio⁴⁰ y los pagos mínimos de subsistencia⁴¹.

En los casos en que el Derecho nacional permita deducciones fiscales en relación con las cotizaciones para una pensión profesional y un seguro privado de enfermedad e invalidez, es discriminatorio que no se permita aplicar deducciones equivalentes con respecto a cotizaciones realizadas en el Estado miembro de origen de un trabajador migrante⁴².

2.5. Miembros de la familia

Se entiende por miembros de la familia⁴³ el cónyuge del trabajador, sus descendientes menores de 21 años o a su cargo, y los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo. El Tribunal entiende por «cónyuge» pareja casada⁴⁴ y no incluye a las parejas que conviven⁴⁵. Las parejas casadas que están separadas, pero aún no divorciadas, siguen manteniendo sus derechos como miembros de la familia de un trabajador migrante⁴⁶. Se ha preguntado a la Comisión acerca de los matrimonios de personas del mismo sexo celebrados en Estados miembros en los que dichos matrimonios tienen el mismo estatus que los matrimonios «tradicionales» en relación con los derechos a la libre circulación. El Tribunal no ha tenido aún ocasión de pronunciarse sobre este particular, pero sí ha considerado anteriormente que, puesto que no existe consenso entre los Estados miembros sobre si los cónyuges del mismo sexo pueden asimilarse a los cónyuges de matrimonios tradicionales, ha de concluirse que los cónyuges del mismo sexo aún no tienen los mismos derechos que los cónyuges tradicionales en materia de libre circulación de los trabajadores⁴⁷ a efectos del Derecho comunitario. No obstante, ha de tenerse en cuenta que, si un Estado miembro concede ventajas a sus propios nacionales que viven en parejas no casadas, el principio de la igualdad de trato en materia de ventajas sociales (véase el punto 2.4.) requiere que se concedan las mismas ventajas a los trabajadores migrantes⁴⁸.

Los miembros de la familia, sea cual sea su nacionalidad, tienen derecho a residir con el trabajador migrante y a recibir permisos de residencia de la misma duración que el del trabajador. La Comisión recibe quejas sobre este punto, sobre todo en relación con miembros de la familia que son ciudadanos de un país tercero. Además, si los ciudadanos de un país tercero pueden demostrar que son miembros de la familia de un trabajador migrante y que no representan ninguna amenaza desde el punto de vista del orden público, el Estado miembro de acogida no puede denegarles la entrada o la residencia, aunque carezcan de un visado válido⁴⁹. Cuando los ciudadanos de un Estado miembro hayan ejercido su derecho de libre circulación en otro Estado miembro, a la vuelta al Estado miembro del que proceden, sus

³⁸ Asunto 32/75, Cristini/SNCF, Rec. 1975, p. 267.

³⁹ Asunto C-85/96, Martínez Sala, Rec. 1998, p. I-2691.

⁴⁰ Asunto C-237/94, O'Flynn, Rec. 1996, p. I-2617.

⁴¹ Asunto 75/63 Hoekstra, Rec. 1964-1966, p. 29 y asunto 122/84, Scrivner, Rec. 1985, p. 1027.

⁴² Asunto C-204/90, Bachmann, Rec. 1992, p. I-249, si se quiere ver cómo el Tribunal se ha negado a aceptar como justificación la necesidad de garantizar la coherencia del sistema fiscal; véase también el asunto C-80/94, Wielockx, Rec. 1995, p. I-2493, y el asunto C-136/00 Danner, sentencia de 3.10.2002, aún no recopilada.

⁴³ Artículo 10 del Reglamento (CEE) n 1612/68.

⁴⁴ Asunto 59/85, Países Bajos/Reed, Rec. 1986, p. 1283.

⁴⁵ Asunto T-264/97, D/Consejo, Rec. Función Pública 1999, p. IA-1.

⁴⁶ Asunto 267/83, Diatta/Land Berlín, Rec. 1985, p. 263.

⁴⁷ Asunto Reed (véase la nota n° 44). El mismo razonamiento se aplica en el asunto D/Consejo (véase la nota n° 45).

⁴⁸ Asunto Reed.

⁴⁹ Asunto C-459/99, MRAX, sentencia de 25.7.2002, aún no recopilada.

familiares ciudadanos de un país tercero están también cubiertos por las disposiciones comunitarias sobre los derechos de residencia de los migrantes y sus familias⁵⁰.

Los hijos de los trabajadores migrantes, sea cual sea su nacionalidad, tienen derecho a la educación en el Estado miembro de acogida⁵¹ en las mismas condiciones que sus nacionales, lo cual incluye el derecho de igualdad de trato con respecto a los hijos de los trabajadores nacionales en lo relativo a las ayudas para la formación⁵², aun cuando ello implique el regreso al Estado miembro de procedencia⁵³, un tema sobre el que la Comisión también recibe quejas.

Los hijos conservarán su derecho de residencia aunque el trabajador migrante se marche del Estado miembro de acogida, y un padre o una madre nacional de un país tercero conservará su derecho de residencia, aun cuando esté divorciado o divorciada del trabajador migrante comunitario, con objeto de que los hijos puedan seguir disfrutando de su derecho a la educación⁵⁴. El cónyuge y los hijos del trabajador migrante tienen derecho a trabajar en el Estado miembro de acogida y a beneficiarse de las disposiciones sobre el reconocimiento de cualificaciones⁵⁵.

2.6. Perspectivas futuras

Los textos legales básicos sobre la libre circulación se remontan a los años sesenta, y han sido complementados por numerosas sentencias del Tribunal. Esta situación incitó a la Comisión a proponer una consolidación de la jurisprudencia y una ampliación de los derechos de los trabajadores migrantes en 1988⁵⁶, pero los Estados miembros no lograron llegar a un acuerdo sobre dicha propuesta. Diez años después, con el apoyo del Parlamento Europeo y con objeto de dar continuidad al Plan de acción de 1997, la Comisión presentó una nueva propuesta, que, hasta la fecha, los Estados miembros no han logrado debatir⁵⁷.

En 2001, la Comisión propuso un importante documento legislativo destinado a sustituir la mayoría de los textos existentes sobre los derechos de residencia de los trabajadores migrantes y de otras categorías de ciudadanos comunitarios, con objeto de facilitar su derecho de libre circulación⁵⁸.

3. SEGURIDAD SOCIAL

3.1. Introducción

La legislación comunitaria en materia de seguridad social es una condición *sine qua non* para ejercer el derecho a la libre circulación de personas. Ya en el Tratado Roma⁵⁹ se reconoció la necesidad de un sistema de coordinación entre los sistemas de seguridad social de los Estados miembros para garantizar la libre circulación.

⁵⁰ Asunto C-370/90, Singh., Rec. 1992, p. I-4265.

⁵¹ Artículo 12 del Reglamento (CEE) nº 1612/68.

⁵² Asunto 9/74, Casagrande, Rec. 1974, p. 369.

⁵³ Asunto C-308/89, Di Leo, Rec. 1990, p. I-4185.

⁵⁴ Asunto C-413/99, Baumbast, sentencia de 17.9.2002, aún no recopilada.

⁵⁵ Asunto 131/85, Gül, Rec. 1986, p. 1573.

⁵⁶ COM(1988) 815 final, DO C 100 de 21.4.1989, p. 8.

⁵⁷ COM(1998) 394 final, DO C 344 de 12.11.1998, p. 9.

⁵⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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, COM(2001) 257 final.

⁵⁹ Artículo 42 (antiguo artículo 51) del Tratado CE.

El Derecho comunitario dispone la coordinación, pero no la armonización en materia de seguridad social y, por tanto, no aminora las competencias de los Estados miembros en cuanto a la organización de sus regímenes de seguridad social⁶⁰. La asistencia social no está incluida en esta coordinación a nivel comunitario⁶¹. Por tanto, cada Estado miembro tiene libertad para determinar quién debe estar asegurado con arreglo a su legislación⁶², qué prestaciones se le conceden y en qué condiciones⁶³.

Para asegurar que la aplicación de los diversos regímenes nacionales de seguridad social no afecta desfavorablemente a las personas que ejercen su derecho de libre circulación, en el Reglamento (CEE) nº 1408/71 se establecen ciertas normas y principios comunes cuyo objetivo es garantizar que una persona que haya ejercido su libertad de circulación en la Comunidad no se encuentre en peor situación que otra que siempre haya residido y trabajado en un solo Estado miembro. Para lograr este objetivo, las normas de coordinación prevén un mecanismo basado en los siguientes principios:

- la igualdad de trato entre nacionales y no nacionales, de manera que una persona que resida en el territorio de un Estado miembro esté sometida a las mismas obligaciones y disfrute de las mismas prestaciones que los nacionales de dicho Estado miembro, sin ninguna discriminación por razones de nacionalidad⁶⁴;
- la acumulación de los períodos, de manera que los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos con arreglo a la legislación de un Estado miembro se tengan en cuenta, en su caso, para la adquisición de un derecho de prestaciones con arreglo a la legislación de otro Estado miembro;
- la exportación de las prestaciones, de manera que las mismas puedan pagarse a personas que residan en otro Estado miembro;
- la determinación del Estado miembro cuya legislación en materia de seguridad social es aplicable; en principio, sólo se aplica una seguridad social a la vez, de manera que una persona pueda disfrutar de una cobertura adecuada de seguridad social sin estar sometido a la legislación de dos Estados miembros al mismo tiempo, teniendo que pagar una doble cotización, o sin pagar ninguna.

Estos principios han demostrado su capacidad de permitir que las personas aseguradas se desplacen de un Estado miembro a otro. Por ejemplo, el principio de igualdad de trato y no discriminación para los trabajadores comunitarios ha servido no sólo para prohibir la discriminación directa manifiestamente basada en la nacionalidad, sino también la discriminación indirecta basada en criterios distintos de la nacionalidad que perjudican particularmente a ciudadanos de otros Estados miembros⁶⁵. También incluye la asimilación de

⁶⁰ Asunto C-70/95, Sodemare, Rec. 1997, p. I-3395.

⁶¹ Las prestaciones de «asistencia social» son pagos discrecionales basados en la necesidad.

⁶² Asunto 349/87, Paraschi, Rec. 1991, p. I-4501.

⁶³ Asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95, Stöber y Piosa Pereira, Rec. 1997, p. I-511.

⁶⁴ Asunto C-185/96, Comisión/Grecia, Rec. 1998, p. I-6601.

⁶⁵ Asunto C-124/99, Borawitz, Rec. 2000, p. I-7293; se consideró ilegal que los importes de las pensiones alemanas en metálico transferidas a beneficiarios que viven en otro Estado miembro sean inferiores a los pagados a los beneficiarios que viven en Alemania.

los hechos⁶⁶, de manera que lo que ocurra en otro Estado miembro se considere como si hubiese acaecido en el Estado miembro cuya legislación se aplica⁶⁷.

Dado que el objetivo del Reglamento (CEE) n° 1408/71 es facilitar a las personas cubiertas por el mismo el ejercicio de las libertades establecidas por el Tratado, el Tribunal siempre ha interpretado las disposiciones del Reglamento teniendo en cuenta la libertad fundamental de circulación de los trabajadores⁶⁸, la libertad de establecimiento⁶⁹ y, más recientemente, también la libre circulación de personas⁷⁰. Estas libertades fundamentales también pueden impedir la aplicación de la legislación nacional⁷¹. Todo ello es particularmente pertinente en los casos en los que, a pesar de la protección ofrecida por el Reglamento (CEE) n° 1408/71, las personas que se han desplazado de un Estado miembro a otro pierden prestaciones de seguridad social, por el hecho de que el Derecho comunitario permite que subsistan diferencias entre los regímenes de seguridad social de los Estados miembros. Esto afecta en especial a las personas que se desplazan frecuentemente entre Estados miembros a lo largo de sus carreras.

Puesto que ello obstaculizaría el derecho a la libre circulación y que los Estados miembros, las autoridades y los tribunales nacionales tienen que tomar todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanan del Tratado, el Tribunal consideró que los tribunales nacionales deben interpretar la legislación nacional teniendo en cuenta estos objetivos del Tratado, con objeto de no disuadir a las personas de desplazarse a otro Estado miembro⁷². En el asunto Engelbrecht⁷³, el Tribunal consideró incluso que, si tal interpretación no es posible, un tribunal nacional debe, llegado el caso, abstenerse de aplicar una disposición de la legislación nacional y aplicar la legislación comunitaria en su lugar.

Con el fin de tener en cuenta las consecuencias de las interpretaciones del Tribunal y otros avances a nivel comunitario, y de considerar también los frecuentes cambios a nivel nacional, en numerosas ocasiones se ha adaptado, mejorado y ampliado el Reglamento (CEE) n° 1408/71; por ejemplo, en un principio sólo cubría a los trabajadores y los miembros de su familia. Después se amplió a los trabajadores no asalariados⁷⁴, a cualquier ciudadano europeo cubierto por un seguro de enfermedad para que pueda acogerse a las prestaciones por enfermedad durante una estancia temporal⁷⁵ y a los estudiantes⁷⁶. Desde 1998, de acuerdo con

⁶⁶ Asunto C-45/92 Lepore y Scamuffa, Rec. 1993, p. I-6497 y asunto C-290/00, Duchon, Rec. 2002, p. I-3567; un trabajador migrante debe estar en condiciones de invocar una legislación nacional que asimile los períodos de invalidez a los períodos de empleo activo a efectos de seguro, incluso si trabajaba en otro Estado miembro cuando le sobrevino la invalidez.

⁶⁷ Asunto C-131/96, Mora Romero, Rec. 1997, p. I-3659; un Estado miembro debe tener en cuenta el servicio militar realizado en otro Estado miembro a efectos de la concesión de derechos de orfandad.

⁶⁸ Asunto C-266/95, Merino García, Rec. 1997, p. I-3279; asunto C-290/00, Duchon, Rec. 2002, p. I-3567.

⁶⁹ Asunto C-53/95, Kemmler, Rec. 1996, p. I-703.

⁷⁰ Asunto C-135/99, Elsen, Rec. 2000, p. I-10409.

⁷¹ Véanse, por ejemplo, el asunto C-10/90, Masgio, Rec. 1991, p. I-1119, los asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95 Stöber y Piosa Pereira, Rec. 1997, p. I-511, y el asunto C-226/95, Merino García, Rec. 1997, p. I-3279.

⁷² Asunto C-165/91, Van Munster, Rec. 1994, p. I-4661.

⁷³ Asunto C-262/97, Rec. 2000, p. I-7321.

⁷⁴ Reglamento (CEE) n° 1390/81 de 12.5.1981, DO L 143 de 29.5.1981.

⁷⁵ Reglamento (CE) n° 3095/95 de 22.12.1995, DO L 335 de 30.12.1995.

⁷⁶ Reglamento (CE) n° 307/1999 de 8.2.1999, DO L 38 de 12.2.1999.

la decisión adoptada en el asunto Vougioukas⁷⁷, se han incluido regímenes especiales de funcionarios en el Reglamento (CEE) n° 1408/71⁷⁸.

Como consecuencia de estas numerosas modificaciones, el Reglamento resulta muy complejo y difícil de utilizar. La Comisión reconoció que era esencial hacer que las normas sean más eficientes y fáciles de utilizar, y presentó, en diciembre de 1998⁷⁹, una propuesta para simplificar y modernizar el Reglamento (CEE) n° 1408/71, que están debatiendo actualmente los legisladores, el Consejo y el Parlamento Europeo, sobre la base de un conjunto de parámetros acordado, es decir, las opciones básicas con arreglo a las cuales se debe modernizar el Reglamento. Algunos de estos parámetros son muy específicos y están destinados a mejorar los derechos de las personas aseguradas, por ejemplo incluyendo las prestaciones de personas inactivas y de jubilación anticipada, mejorando el acceso transfronterizo a la atención médica para los trabajadores fronterizos jubilados, ampliando el capítulo dedicado al desempleo para cubrir los regímenes de los trabajadores por cuenta propia, y ampliando los derechos de los pensionistas y de los huérfanos por lo que se refiere a las prestaciones familiares. Se espera que esta propuesta sea adoptada antes de finales de 2003. Además, la propuesta de la Comisión de extender las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 a los nacionales de terceros países con residencia legal debería entrar en vigor a principios de 2003⁸⁰.

3.2. No exportabilidad de las prestaciones especiales de carácter no contributivo

Con arreglo al Reglamento (CEE) n° 1408/71, la norma general es que las prestaciones de seguridad social deben pagarse en el Estado miembro en que reside el beneficiario, sea cual sea⁸¹. Sin embargo, esto no se aplica a una categoría particular de prestaciones relacionadas con el entorno social del Estado miembro, denominadas «prestaciones especiales de carácter no contributivo»⁸², prestaciones que están entre las categorías tradicionales de la asistencia social y de la seguridad social, y destinadas a solventar problemas particulares, como la atención a las personas con discapacidad o la prevención de la pobreza. En caso de estar enumeradas en un anexo específico del Reglamento (anexo II *bis*), estas prestaciones están sujetas a normas especiales de coordinación, sólo pueden pagarse en el Estado miembro que las proporciona, y no pueden «ser exportadas» por un beneficiario a otro Estado miembro. Sin embargo, un ciudadano de la UE que se desplace a otro Estado miembro tendrá derecho a las prestaciones especiales de carácter no contributivo *de dicho Estado*, aunque no sean equivalentes. La Comisión recibe muchas quejas y solicitudes de información sobre este tema.

Estas disposiciones han dado lugar a una gran cantidad de litigios ante el Tribunal. En el asunto Snares⁸³, se planteó al Tribunal la cuestión de la validez de la no exportabilidad de este tipo de prestación de conformidad con el Reglamento (CEE) n° 1408/71. El Tribunal resolvió que esta excepción al principio de la exportabilidad de las prestaciones de la seguridad social era compatible con el Derecho comunitario.

⁷⁷ Asunto C-443/93, Rec. 1995, p. I-4033.

⁷⁸ Reglamento (CE) n° 1606/98 de 29.6.1998, DO L 209 de 25.7.1998.

⁷⁹ COM(1998) 779 final, DO C 38 de 12.2.1999.

⁸⁰ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, COM(2002) 59 final, DO C 126 E de 28.5.2002, p. 388.

⁸¹ Artículo 10 del Reglamento (CEE) n° 1408/71.

⁸² Apartado 2 *bis* del artículo 4, artículo 10 *bis* y anexo II *bis* del Reglamento (CEE) n° 1408/71, introducidos por el Reglamento (CEE) n° 1247/92, DO L 136 de 19.5.1992.

⁸³ Asunto C-20/96, Snares, Rec. 1997, p. I-6057.

Sin embargo, hasta 2001 el Tribunal no consideró si la inscripción por parte de un Estado miembro de una prestación en una lista como no exportable era compatible con el Derecho comunitario. El Tribunal examinó si la prestación en concreto satisfacía realmente las condiciones de no exportabilidad, es decir, si era verdaderamente «especial» y de carácter no contributivo o si presentaba las características de una prestación que entra en las ramas tradicionales de los regímenes de seguridad social, en cuyo caso sí sería exportable. En su sentencia en el asunto Jauch⁸⁴, el Tribunal consideró que el pago de la asignación de asistencia austriaca (*Pflegegeld*) no podía seguir restringiéndose al territorio austriaco. La prestación en cuestión confería a los beneficiarios un derecho definido jurídicamente y estaba destinada a complementar las prestaciones de seguro de enfermedad. Además se basaba indirectamente en las cotizaciones pagadas para seguros de enfermedad. El Tribunal consideró que dicha prestación no era ni «especial» ni «de carácter no contributivo» y que, por tanto, debían aplicarse las normas de coordinación normales. Como resultado, la asignación de asistencia fue recalificada como prestación de enfermedad en metálico con arreglo a las disposiciones generales del Reglamento (CEE) nº 1408/71, de manera que tuvieron que pagarse a los beneficiarios que vivían en otros Estados miembros. Asimismo, el Tribunal consideró que un subsidio por maternidad luxemburgués se enumeraba indebidamente como no exportable⁸⁵. El Tribunal consideró que, para ser «especial», una prestación tenía que estar estrechamente relacionada con el entorno social del Estado miembro en cuestión, y éste no era el caso.

Como consecuencia de estas sentencias, y para garantizar la seguridad jurídica y la transparencia, es evidente que deben reexaminarse todas las prestaciones enumeradas actualmente como no exportables para decidir si son realmente «especiales» y «de carácter no contributivo». Habida cuenta de los criterios establecidos por el Tribunal, parece que sólo deben clasificarse como «especiales» y, por ende, no exportables (suponiendo que también sea correcta su caracterización como de carácter no contributivo) las prestaciones para prevenir la pobreza y proteger a las personas con discapacidad que tienen una relación lo suficientemente estrecha con el entorno social y económico del Estado miembro. La Comisión tiene prevista la presentación de una propuesta legislativa con objeto de modificar el Reglamento (CEE) nº 1408/71 para lograr este objetivo a principios de 2003. Además, se debería tener en cuenta que, actualmente, en el Tribunal existen varios asuntos pendientes de resolución sobre la no exportabilidad de las prestaciones de algunos Estados miembros⁸⁶. Por otra parte, habría que recordar que, a menudo, la no exportabilidad de las prestaciones de ciertos Estados miembros no se corresponde con la subvencionabilidad de prestaciones equivalentes en el Estado miembro al que la persona desea desplazarse. Si bien los Estados miembros deberían poder restringir el pago de ciertas prestaciones a su propio territorio, en aras de la seguridad jurídica, dicha restricción deberá ser rigurosamente conforme a los criterios claros y objetivos del Reglamento, de acuerdo con la interpretación del Tribunal. De esta manera se asegura el cumplimiento del Derecho comunitario.

3.3. Asistencia sanitaria

En el Reglamento (CEE) nº 1408/71 existen disposiciones específicas sobre asistencia sanitaria, por las que se establecen las condiciones en las que los individuos tienen acceso a la misma cuando se desplazan dentro de la Unión Europea.

⁸⁴ Asunto C-215/99, Rec. 2001, p. I-1901.

⁸⁵ Asunto C-43/99, Leclere, Rec. 2001, p. I-4265.

⁸⁶ Asunto C-158/02, Marcaletti y asunto C-160/02 Skalka, DO C 169 de 13.7.2002.

En resumen, cualquier persona que permanezca o resida temporalmente en un Estado miembro distinto de aquel en el que tiene un seguro de enfermedad, tiene derecho a recibir prestaciones de enfermedad en especie con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro, como si estuviera asegurado en el mismo, pero a expensas de la institución aseguradora. Dependiendo de la situación de las personas y del tipo de estancia, existe el derecho a una asistencia necesaria inmediata⁸⁷, a la asistencia que resulte necesaria⁸⁸, o a todas las prestaciones de enfermedad en especie⁸⁹.

Si una persona desea específicamente ir a recibir un tratamiento a otro Estado miembro, con arreglo al sistema de coordinación establecido en el Reglamento (CEE) nº 1408/71, el Estado miembro donde dicha persona esté asegurada sólo cubrirá sus costes en caso de que haya recibido una autorización previa. Dicho Estado miembro tiene plena libertad para conceder o denegar la autorización, pero no puede denegarla si se cumplen simultáneamente las dos condiciones siguientes: (a) que el tratamiento en cuestión figure entre los tratamientos previstos por el sistema sanitario del Estado miembro asegurador y (b) la persona no puede ser tratada en el plazo normalmente necesario para recibir dicho tratamiento, teniendo en cuenta su estado de salud en ese momento y la evolución probable de la enfermedad. Si se concede la autorización, la asistencia se proporciona conforme a la legislación —incluidas las tarifas— del Estado miembro donde se preste la misma, pero a expensas de la institución del Estado miembro en que la persona esté asegurada.

No obstante, en el reciente asunto Vanbraekel⁹⁰, el Tribunal examinó el tipo de reembolso a que tenía derecho una persona que se había trasladado para recibir un tratamiento médico planificado a otro Estado miembro, en el que los costes reembolsados, conforme a la legislación del mismo, eran inferiores a los que la persona habría percibido en el Estado miembro donde estaba asegurada. Aunque el Tribunal confirmó que, con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CEE) nº 1408/71, sólo se podía realizar el reembolso según las tarifas del Estado miembro donde se hubo proporcionado el tratamiento, consideró que, en virtud del principio de libre prestación de servicios, la persona asegurada tenía derecho a un reembolso adicional del Estado miembro donde estaba asegurada, siempre que la legislación de este último hubiera realizado un reembolso superior en caso de que el tratamiento hospitalario se hubiese realizado allí.

En el caso de pacientes que se habían desplazado a otro Estado miembro para recibir un tratamiento médico, como en los asuntos Kohll⁹¹ y Decker⁹², el Tribunal remitió a otras libertades fundamentales establecidas en el Tratado, como por ejemplo la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios. En los dos asuntos mencionados y en un tercero⁹³ en el que —a diferencia de los dos anteriores— se realizó un tratamiento médico en un hospital, el Tribunal confirmó la facultad de los Estados miembros de organizar libremente sus propios sistemas de asistencia sanitaria, pero recordó que, al hacerlo, debían respetar disposiciones comunitarias básicas, como la libertad de prestar y recibir servicios. El Tribunal afirmó expresamente que la atención médica y hospitalaria son servicios a efectos de los Tratados. Sin embargo, el Tribunal también consideró que, aunque el sistema nacional de

⁸⁷ Por ejemplo, los turistas.

⁸⁸ Por ejemplo, los estudiantes y los trabajadores desplazados.

⁸⁹ Por ejemplo, los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia o los pensionistas que residan en un Estado miembro distinto del competente.

⁹⁰ Asunto C-368/98, Rec. 2001, p. I-5363.

⁹¹ Asunto C-158/96, Rec. 1998, p. I-1931.

⁹² Asunto C-120/95, Rec. 1998, p. I-1831.

⁹³ Asunto C-157/99, Geraets-Smits y Peerbooms, Rec. 2001, p. I-5473.

autorización previa en cuestión constituyera un obstáculo para la libre prestación de servicios, éste podría justificarse por razones imperiosas, como el mantenimiento de la estabilidad financiera del sistema de seguridad social y de un servicio médico y hospitalario equilibrado y abierto a todos. No obstante, para que un sistema de autorización administrativa previa sea justificable debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria. Un sistema procedimental suficientemente accesible debe garantizar que una solicitud de autorización sea tramitada con objetividad e imparcialidad, y dentro de un plazo razonable, así como la posibilidad de recurrir judicial o cuasijudicialmente contra las eventuales denegaciones de autorización.

Esta jurisprudencia no implica que las personas aseguradas dispongan, en virtud del Derecho comunitario, de un derecho general a que se les reembolsen los gastos en que hayan incurrido tras recibir tratamiento médico en el extranjero. Estos pacientes sólo pueden solicitar que se les reembolsen los gastos del tratamiento médico en el extranjero cuando el sistema de seguridad social del Estado miembro en que están asegurados les habría cubierto o reembolsado ese tratamiento normalmente.

Una de las razones más frecuentes por las que los pacientes recurren a un tratamiento médico en otro Estado miembro es el retraso a la hora de recibir el tratamiento que exige el estado de salud de la persona asegurada. Aunque el problema de las listas de espera sea objeto de una decisión prejudicial pendiente actualmente⁹⁴, el Tribunal, en relación con la legislación neerlandesa en discusión en el asunto *Smits y Peerbooms*, ya dio algunas indicaciones sobre la noción de «en tiempo oportuno». En especial, consideró que a la hora de apreciar si se puede conseguir en tiempo oportuno un tratamiento que presente el mismo grado de eficacia, las autoridades nacionales tienen la obligación de tomar en consideración todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo en cuenta debidamente no sólo la situación médica del paciente en el momento en que se solicita la autorización, sino también sus antecedentes.

Ahora corresponde a la Comisión y los Estados miembros tener en cuenta esta sentencia y enfrentarse a cuestiones de interpretación a la hora de aplicarla, así como las sentencias relacionadas⁹⁵, considerando los intereses de los pacientes. Con el fin de tener un planteamiento concertado y coherente, la Comisión ha entablado un diálogo constructivo con los Estados miembros y otras partes interesadas. Tal como se prevé en uno de los parámetros de la propuesta destinada a simplificar y modernizar el Reglamento (CEE) n° 1408/71, la Comisión y los Estados miembros también se plantearán la necesidad de adaptarlo en función de la jurisprudencia, con objeto de hacer que las normas actuales sean más transparentes y fiables para pacientes que reciban un tratamiento médico en otro Estado miembro.

Asimismo, la Comisión ha tomado la iniciativa de establecer un proceso de reflexión de alto nivel sobre los progresos en materia de asistencia sanitaria en la Unión Europea, incluida la libre circulación de pacientes. El objetivo es formar un foro informal y flexible que reúna a las partes interesadas pertinentes en una reflexión conjunta sobre cuestiones relacionadas con la salud y sus servicios en el mercado interior, así como hacer recomendaciones para guiar el trabajo futuro a escala comunitaria y de los Estados miembros, sin duplicar ni remplazar los debates que tienen lugar en el marco de las estructuras institucionales oficiales de la UE.

⁹⁴ Asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*.

⁹⁵ Asuntos C-158/96, *Kohll*, C-120/95, *Decker* y C-368/98, *Vanbraekel*.

La Comisión considera que esta jurisprudencia, al permitir a las personas aseguradas recibir tratamiento médico en otro Estado miembro y al establecer las normas de reembolso de los gastos de hospital, ofrece una protección adicional a las personas aseguradas y representa un paso concreto hacia la realización de una Europa social.

3.4. Cotizaciones a la seguridad social

Para poder aprovechar el derecho de libre circulación, es esencial que las personas implicadas sepan en qué Estado miembro estarán aseguradas y dónde tendrán que pagar las cotizaciones. El Reglamento (CEE) nº 1408/71 contiene normas detalladas para determinar cuál es el Estado miembro cuya legislación en materia de seguridad social es aplicable, basadas en dos principios fundamentales:

- una persona está sometida sólo a la legislación de un Estado miembro a la vez,
- normalmente una persona está cubierta por la legislación del Estado miembro en que desarrolla una actividad profesional (*lex loci laboris*).

El hecho de tener que cotizar en más de un Estado miembro a la vez puede disuadir a las personas de ejercer su derecho de libre circulación. Sólo el Estado miembro donde se desarrolla la actividad profesional puede reclamar cotizaciones a la seguridad social. Por tanto, si una persona lleva a cabo una actividad profesional en un Estado miembro —que entonces será competente en materia de prestaciones de seguridad social—, pero reside en otro, el Estado miembro de residencia no puede reclamar cotizaciones a la seguridad social. Este fue el razonamiento realizado por el Tribunal en relación con un gravamen que, conforme a la legislación nacional, se interpretaba como un impuesto y, conforme al Derecho comunitario, debe considerarse una cotización a la seguridad social si de verdad va destinado directamente a la financiación de ramas del régimen de seguridad social⁹⁶. Se aplica el mismo principio para las cotizaciones a la seguridad social de los pensionistas: sólo el Estado miembro responsable del pago de los costes de la atención sanitaria de los pensionistas puede recaudar las cotizaciones correspondientes⁹⁷.

No obstante, se debería tener en cuenta que, conforme al Reglamento (CEE) nº 1408/71, se aplican normas especiales a las personas que trabajan simultáneamente en un Estado miembro por cuenta ajena y, en otro, por cuenta propia; dichas personas sí pueden estar sometidas a la legislación en materia de seguridad social de dos Estados miembros a la vez⁹⁸. Aunque esto implica que, por tanto, puede que tengan que cotizar a la seguridad social en dos Estados miembros, el Tribunal confirmó la validez de esta norma en el reciente asunto Hervein⁹⁹. Consideró que el Tratado no garantiza que la extensión de las actividades de una persona a más de un Estado miembro sea neutra en materia de seguridad social. No obstante, recordó que los Estados miembros cuyas legislaciones se aplican simultáneamente deben velar por que se respeten las exigencias que se derivan de los principios de libre circulación de trabajadores y libre establecimiento del Tratado. En particular, los Estados miembros afectados deben facilitar la acumulación de las prestaciones concedidas en virtud de las dos legislaciones aplicables y asegurar que no se abone a fondo perdido ninguna cotización de seguridad social.

⁹⁶ Asunto C-169/98, Comisión/Francia, Rec. 2000, p. I-1049, y C-34/98, Comisión/Francia, Rec. 2000, p. I-995.

⁹⁷ Asunto C-389/99, Rundgren, Rec. 2001, p. I-3731, punto 53.

⁹⁸ Artículo 14 del Reglamento (CEE) nº 1408/71.

⁹⁹ Asuntos acumulados C-393/99 y C-394/99, Hervein y Lorthiois, Rec. 2002, p. I-2829, puntos 60 y 61.

4. TRABAJADORES FRONTERIZOS

4.1. Introducción

Los trabajadores fronterizos son personas que viven en un Estado miembro y trabajan en otro. Por regla general, disfrutan de todas las prestaciones concedidas a los trabajadores migrantes en el Estado miembro donde tienen su empleo. Sin embargo, los trabajadores fronterizos tienen derecho a los subsidios de desempleo del Estado donde residen, en lugar de aquel en el que tienen su empleo¹⁰⁰, y pueden optar por estar cubiertos por la asistencia sanitaria de cualquiera de los dos Estados¹⁰¹. Sin embargo, los miembros de la familia de un trabajador fronterizo sólo están cubiertos por el sistema sanitario del Estado de residencia, y una vez que dicho trabajador se jubila, ya no puede estar cubierto por el Estado de empleo, sino por el de residencia. Este sistema, que es bastante complejo, puede causar problemas prácticos, por ejemplo, si un trabajador empieza un tratamiento de larga duración en el Estado donde trabaja; cuando se jubile dejará de tener acceso a esa misma asistencia sanitaria y tendrá que seguir el tratamiento en el Estado donde reside. En la propuesta de la Comisión para modificar y simplificar el Reglamento (CEE) n° 1408/71¹⁰² se preveía permitir que los trabajadores transfronterizos jubilados mantuviesen sus derechos a la asistencia sanitaria en el Estado miembro del empleo anterior. El Consejo está examinando esta propuesta actualmente.

Los trabajadores fronterizos se enfrentan a menudo a problemas específicos, debido a las condiciones de residencia, en especial por lo que se refiere a la seguridad social y a las ventajas sociales, como la Comisión ha observado en varias ocasiones¹⁰³. La justificación de cláusulas de residencia para tener derecho a prestaciones sociales es que están destinadas a facilitar la integración del trabajador migrante y su familia en el Estado miembro de acogida. Dado que los trabajadores transfronterizos no viven en el Estado de empleo, los Estados miembros han aducido que no deberían tener derecho a las mismas prestaciones sociales que los trabajadores migrantes «normales». Dicho argumento ha sido rechazado por el Tribunal, que consideró que no se podía aplicar ningún requisito de residencia al hijo de un trabajador fronterizo que hubiese tenido derecho a la educación en las mismas condiciones aplicables a los hijos de los nacionales del Estado de empleo¹⁰⁴. La Comisión está considerando la posibilidad de iniciar procedimientos de infracción¹⁰⁵ contra varios Estados miembros que imponen condiciones de residencia a las prestaciones sociales en favor de los trabajadores migrantes.

4.2. Trabajadores fronterizos jubilados

Los problemas mencionados anteriormente son particularmente graves en el caso de los trabajadores fronterizos jubilados, cuyo Estado de residencia no cambia tras la jubilación y, por tanto, no se benefician de la prohibición de la discriminación que se aplica a los

¹⁰⁰ Artículo 71 del Reglamento (CEE) n° 1408/71.

¹⁰¹ Artículo 20 del Reglamento (CEE) n° 1408/71.

¹⁰² COM(1998) 779 final.

¹⁰³ Comunicación de la Comisión sobre las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos de la Comunidad que residen en regiones fronterizas y, en particular, de los trabajadores fronterizos, COM(1990) 561 final, Plan de acción 1997 para la libre circulación de los trabajadores y Propuesta de la Comisión por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 (COM(1998) 394 final, DO C 344 de 12.11.1998 p. 0012) que prevé la eliminación de las cláusulas de residencia para el acceso de los trabajadores fronterizos a las prestaciones sociales.

¹⁰⁴ Asunto C-337/97, Meeusen, Rec. 1999, p. I-3289.

¹⁰⁵ Con arreglo al artículo 226 del Tratado CE.

trabajadores migrantes que se jubilan en el Estado miembro donde trabajaron¹⁰⁶. Sin embargo, el Tribunal ha establecido que los trabajadores jubilados pueden reclamar las ventajas sociales al Estado donde trabajaron anteriormente, como por ejemplo indemnizaciones especiales por haber perdido un empleo¹⁰⁷, siempre que sean por dicho empleo. En tales circunstancias, los Estados miembros no pueden condicionar la concesión de ventajas sociales a la residencia. Sin embargo, el Tribunal ha considerado que el Estado miembro donde el trabajador fronterizo estaba empleado anteriormente no tiene por qué conceder nuevos derechos que no guardan relación con la experiencia precedente, como la asignación por hijo a cargo¹⁰⁸. En la propuesta de la Comisión de 1998 para modificar el Reglamento (CEE) nº 1408/71 se pretendía suprimir, en el caso de los pensionistas, las cláusulas de residencia para todas las prestaciones familiares, no sólo para las asignaciones familiares, como ocurre actualmente.

4.3. Fiscalidad

La capacidad de los trabajadores fronterizos de apelar a su derecho de igualdad de trato puede aplicarse también a cuestiones relacionadas con el impuesto sobre la renta. Por ejemplo, no se puede exigir a un trabajador fronterizo empleado en un Estado miembro que viva con su familia en otro Estado que pague más impuestos que una persona que viva y trabaje en el Estado de empleo, siempre que la mayor parte de sus ingresos familiares proceda del Estado de empleo¹⁰⁹. Además, deben aplicarse a los trabajadores fronterizos las normas que hacen que resulte más ventajoso tributar como pareja que como persona soltera del mismo modo que a las parejas que se encuentren en situación similar en el Estado miembro de empleo, independientemente de que ambos cónyuges residan en ese Estado miembro¹¹⁰.

5. SECTOR PÚBLICO

5.1. Introducción

Dado que los funcionarios y los empleados del sector público son trabajadores en el sentido del artículo 39 del Tratado CE, en principio se les aplican las disposiciones sobre libre circulación de trabajadores. Sin embargo, hay una excepción y algunos problemas específicos:

- se permite que las autoridades de los Estados miembros sólo acepten a sus propios nacionales en puestos que impliquen el ejercicio del poder público y la responsabilidad de proteger los intereses generales del Estado (apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE);
- en varios Estados miembros existen normas muy específicas para el empleo en el sector público (por ejemplo, sobre el acceso, el reconocimiento de la experiencia profesional y la antigüedad, el reconocimiento de títulos, etc.) y, por lo tanto, existen problemas adicionales de discriminación distintos de los que se producen en el sector privado.

¹⁰⁶ Reglamento (CEE) nº 1251/70, DO L 142 de 30.6.1970.

¹⁰⁷ Asunto C-57/96, Meints, Rec. 1997, p. I-6689.

¹⁰⁸ Asunto C-43/99, Leclere, Rec. 2001, p. I-4265 y asunto C-33/99, Fahmi y Esmoris Cerdeiro-Pinedo, Rec. 2001, p. I-2415.

¹⁰⁹ Asunto C-279/93, Schumacker, Rec. 1995, p. I-225.

¹¹⁰ Asunto C-87/99, Zurstrassen, Rec. 2000, p. I-3337.

La Comisión sigue recibiendo numerosas quejas sobre esta cuestión, en particular sobre la consideración de la experiencia profesional adquirida en otro Estado miembro en relación con el acceso al sector público, la determinación del sueldo, etc. Como consecuencia de ello, la Comisión inicia numerosos procedimientos de infracción contra los Estados miembros en cuestión. A petición de los Estados miembros, la Comisión también aconseja a las autoridades de éstos en el marco de un grupo de trabajo intergubernamental establecido por los directores generales de administración pública de los Estados miembros.

5.2. Acceso al empleo en el sector público

Durante mucho tiempo, los problemas relacionados con la libre circulación de trabajadores en el sector público tenían que ver exclusivamente con las condiciones de acceso y de nacionalidad. En el apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE se establece que la libre circulación de trabajadores no será aplicable a los empleos en la administración pública. Sin embargo, esta excepción siempre ha sido interpretada de forma muy restrictiva por el Tribunal¹¹¹; la Comisión ha promovido activamente un mayor acceso al sector público, y continúa haciéndolo. En algunas de sus primeras sentencias, el Tribunal desarrolló su interpretación del apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE: sólo se permite a los Estados miembros restringir puestos en la administración pública a sus nacionales si están directamente relacionados con las actividades específicas de la administración pública, es decir, si implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de salvaguardar el interés general del Estado, incluidos tanto los organismos públicos como las autoridades locales. Hay que evaluar estos criterios con un planteamiento para cada caso particular, teniendo en cuenta la naturaleza de las tareas y las responsabilidades que entraña el puesto. En dichas sentencias, el Tribunal consideró que no se pueden limitar a los nacionales del Estado puestos de trabajo como, por ejemplo, los de los servicios postales o ferroviarios, o como los de fontanero, jardinero, electricista, profesor, enfermero e investigador civil. En 1988, para supervisar la aplicación de esta jurisprudencia, la Comisión puso en marcha una acción¹¹² centrada en el acceso al empleo en cuatro sectores (organismos responsables de la gestión de un servicio comercial, los servicios operativos de salud pública, la enseñanza y la investigación con fines no militares). El planteamiento por sectores representó un punto de partida importante para el control de la aplicación correcta del Derecho comunitario, que se vio continuado por los numerosos procedimientos de infracción iniciados por la Comisión. El efecto de la acción de 1988 y de los procedimientos de infracción fue que los Estados miembros emprendieron amplias reformas para abrir sus administraciones públicas. Finalmente, sólo hubo que remitir tres procedimientos de infracción al Tribunal que, en 1996¹¹³, confirmaron plenamente la jurisprudencia anterior.

La libre circulación de trabajadores en la administración pública no depende de ningún sector específico; sólo está relacionada con el puesto. Por tanto, sólo se pueden distinguir dos

¹¹¹ Asunto 152/73, Sotgiu, Rec. 1974, p. 87; asunto 149/79, Comisión/Bélgica I Rec. 1980, p. 1291; asunto 149/79, Comisión/Bélgica II Rec. 1982, p. 549; asunto 307/84, Comisión/Francia, Rec. 1986, p. 1725; asunto 66/85, Lawrie-Blum, Rec. 1986, p. 2121; asunto 225/85, Comisión/Italia, Rec. 1987, p. 2625; asunto 33/88, Allué, Rec. 1989, p. 1591; asunto C-4/91, Bleis, Rec. 1991, p. I-5627; asunto C-473/93, Comisión/Luxemburgo, Rec. 1996, p. I-3207; asunto C-173/94, Comisión/Bélgica, Rec. 1996, p. I-3265; asunto C-290/94, Comisión/Grecia, Rec. 1996, p. I-3285.

¹¹² «La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la administración pública de los Estados miembros - La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE» DO C 72 de 18.3.1988, p. 2.

¹¹³ Asunto C-473/93, Comisión/Luxemburgo, Rec. 1996, p. I-3207; asunto C-173/94, Comisión/Bélgica, Rec. 1996, p. I-3265; y asunto C-290/94, Comisión/Grecia, Rec. 1996, p. I-3285.

categorías de puestos: por una parte, los que implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de proteger el interés general del Estado, y, por otra, todos los demás.

Se plantea otro interrogante en relación con los puestos del sector privado que implican un cierto ejercicio del poder público. En una sentencia reciente, el Tribunal declaró que los guardias jurados de seguridad privada no forman parte de la administración pública y que, por tanto, no se les puede aplicar el apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE, cualesquiera que sean las funciones del empleado¹¹⁴. Actualmente se está decidiendo si el mismo razonamiento puede aplicarse a puestos del sector privado a los que el Estado asigna determinadas funciones de autoridad pública (por ejemplo, capitanes o primeros oficiales de buques mercantes y de barcos pesqueros que ejerzan funciones de policía) en dos peticiones de decisión prejudicial pendientes presentadas al Tribunal¹¹⁵.

Si bien estos avances han dado lugar a una apertura bastante grande de la administración a los ciudadanos de la UE¹¹⁶ en los Estados miembros, no siempre queda garantizado que los trabajadores migrantes se beneficien de los principios derivados de la jurisprudencia del Tribunal.

La Comisión sigue recibiendo quejas sobre la existencia de puestos de trabajo restringidos a nacionales del Estado miembro de acogida, que claramente no implican ni la necesidad de ejercer una autoridad pública ni responsabilidad en la protección del interés general del Estado (como, por ejemplo, jardinero, electricista, bibliotecario, etc.). En estos casos, la legislación, bien no se ha adaptado o no se ha adaptado totalmente al Derecho comunitario, o bien su aplicación no es correcta; por ejemplo, las normas marco nacionales para la apertura del sector público aún no han sido transpuestas, adoptando las normas de aplicación necesarias. Por tanto, dichos Estados miembros deben modificar su legislación existente y controlar mejor su aplicación interna.

La Comisión sigue considerando (como declaró en 1988) que la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE es procedente en el caso de las funciones específicas del Estado y de organismos públicos, como las fuerzas armadas, la policía y demás fuerzas de mantenimiento del orden público, la judicatura, las autoridades tributarias y los cuerpos diplomáticos. Sin embargo, *no todos* los puestos de dichos ámbitos implican el ejercicio de la autoridad pública y la responsabilidad de proteger los intereses generales del Estado, como es el caso de las tareas administrativas, el asesoramiento técnico o el mantenimiento. Por tanto, estos puestos no pueden restringirse a los nacionales del Estado miembro de acogida.

En cuanto a los puestos de trabajo en los ministerios del Estado, las autoridades de gobierno regionales, las autoridades locales, los bancos centrales y otros organismos públicos que se ocupan de la preparación de actos jurídicos, su puesta en práctica, el control de su aplicación y la supervisión de los organismos subordinados, la Comisión adopta un planteamiento más riguroso que en 1988. Entonces se describieron dichas funciones de una manera general, que daba la impresión de que la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE cubría todos los puestos relacionados con tales actividades. Esto habría permitido a los

¹¹⁴ Asunto C-283/99, Comisión/Italia, Rec. 2001 I-4363.

¹¹⁵ Véanse los asuntos pendientes C-405/01 y C-47/02.

¹¹⁶ Se puede encontrar más información sobre las disposiciones y las prácticas administrativas de los Estados miembros relativas al acceso al sector público en el Informe del grupo sobre movilidad adoptado en Estrasburgo, en noviembre de 2000, por los Directores Generales de la administración pública.

Estados miembros restringir casi todos los puestos (aparte de las tareas administrativas, el asesoramiento técnico y el mantenimiento) a sus nacionales. Hay que reexaminar este punto de vista a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de los años noventa. Es importante observar que, si bien los puestos de gestión y de toma de decisiones que implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de proteger el interés general del Estado pueden restringirse a los nacionales del Estado miembro de acogida, no sucede así con todos los puestos de trabajo en ese mismo ámbito. Por ejemplo, no se debería restringir a los nacionales del Estado miembro de acogida un puesto de funcionario cuya función sea colaborar en la preparación de decisiones sobre la concesión de licencias urbanísticas.

Tampoco se permite a los Estados miembros excluir a los trabajadores migrantes de las oposiciones para la contratación de personal, a menos que todos los puestos a los que da acceso una oposición cumplan los criterios del apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE (por ejemplo, una oposición de judicatura se podría restringir a los nacionales, mientras que, en principio, una oposición para puestos de alto nivel en la administración general, debería estar abierta a los trabajadores migrantes). Después de la oposición, la autoridad de contratación tendrá el deber de evaluar el cumplimiento de esos criterios según las tareas y responsabilidades del puesto en cuestión.

Los Estados miembros no tienen obligación de abrir procedimientos de contratación interna a los trabajadores migrantes, siempre que tampoco se permita a los nacionales que no trabajan en el mismo servicio del sector público presentarse a este tipo de puestos o de oposiciones. Los demás procedimientos de contratación de personal tienen que ser abiertos; por ejemplo, no es aceptable que se reagrupen numerosas organizaciones (quince hospitales públicos, pongamos por caso) a efectos de contratación y sólo el personal que ya trabaja en una de ellas pueda presentarse para puestos de trabajo en otra de las organizaciones.

Además, no se permite a los Estados miembros denegar a los trabajadores migrantes el estatus de funcionario, si procede, una vez que se hayan integrado en la administración pública.

A este respecto, la Comisión se propone supervisar de cerca las normas y las prácticas nacionales, así como adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo del Derecho comunitario, incluso iniciando procedimientos de infracción en caso de que fuera necesario. Además, si bien el apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE autoriza a los Estados miembros a reservar puestos específicos a sus nacionales, cabe recordar que no hay ninguna obligación de hacerlo y se invita a los Estados miembros a abrir lo más posible sus administraciones públicas a fin de facilitar la movilidad de los trabajadores.

A excepción de los puestos que se pueden restringir a los ciudadanos del Estado miembro de acogida, los trabajadores migrantes tienen derecho a solicitar trabajo en el sector público de otro Estado miembro en las mismas condiciones aplicables a los nacionales del Estado miembro en cuestión; por ejemplo pueden someterse al mismo procedimiento de contratación u oposición. Sin embargo se plantea una cuestión específica en relación con las oposiciones utilizadas para contratar a personas de cara a una formación específica con vistas a cubrir un puesto en el campo pertinente de la función pública (por ejemplo, en los sectores educativo y sanitario). Los trabajadores migrantes comunitarios que ya están plenamente cualificados en el campo en cuestión deben quedar exentos de la formación, pues se tendrá en cuenta la formación y la experiencia profesional ya adquiridas en su Estado miembro de origen. La

cuestión de si pueden o no verse obligados a someterse a la oposición está siendo tratada por el Tribunal en una decisión prejudicial¹¹⁷.

Los trabajadores del sector público preguntan frecuentemente a la Comisión si el Derecho comunitario confiere un derecho absoluto a ser destinados en comisión de servicios o a tener acceso directo al sector público de otro Estado miembro. Aunque no sea así, durante muchos años la Comisión ha instado a las autoridades de los Estados miembros a aumentar la movilidad de su personal. Como consecuencia de ello, los Estados miembros han establecido numerosas posibilidades bilaterales de comisiones de servicio y de intercambio de trabajadores entre sus servicios¹¹⁸.

5.3. Reconocimiento de la experiencia profesional y de la antigüedad

Es necesario recordar que el reconocimiento de la experiencia profesional y de la antigüedad no entra dentro de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE. Si no se puede restringir un puesto a los ciudadanos del Estado miembro de acogida con arreglo al apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE, no se puede tratar a un trabajador migrante de diferente manera que a los nacionales por lo que se refiere a otros aspectos del acceso al sector público y a las condiciones de trabajo, una vez que se le ha aceptado en el mismo¹¹⁹.

A la vista de la jurisprudencia del Tribunal, la Comisión considera que los períodos anteriores de empleo comparable que los trabajadores migrantes hayan adquirido en otro Estado miembro deben ser tenidos en cuenta por las administraciones de los Estados miembros a efectos de acceso a su propio sector público y para determinar las condiciones profesionales (por ejemplo, el sueldo y el grado) de la misma manera que la experiencia adquirida en su propio sistema. Esto plantea las siguientes cuestiones:

- en algunos Estados miembros, la experiencia profesional o la antigüedad pueden representar, bien una condición formal de acceso a una oposición o bien la concesión de una serie de puntos adicionales en la misma (lo cual sitúa a los candidatos en una posición más alta en la lista final de candidatos seleccionados);
- en muchos Estados miembros, las condiciones profesionales (por ejemplo, el grado, el sueldo, el derecho a vacaciones) se determinan sobre la base de la experiencia profesional anterior y la antigüedad.

Por tanto, si no se tienen en cuenta debidamente la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas por un trabajador en otro Estado miembro, estos trabajadores no tienen acceso o tienen un acceso menos favorable al sector público de otro Estado miembro, o deben volver a empezar su carrera de cero o desde un nivel inferior al que les corresponde. La Comisión sigue recibiendo un gran número de quejas de trabajadores migrantes, por las cuales ha iniciado procedimientos de infracción.

El Tribunal ya ha establecido varias veces que las disposiciones del Derecho nacional que impiden que se tengan en cuenta los períodos anteriores de empleo en la administración pública de otros Estados miembros constituyen una discriminación indirecta injustificada, por

¹¹⁷ Asunto C- 285/01, *Burbaud*; conclusiones del Abogado General de 12.9.2002, aún no recopiladas.

¹¹⁸ Para más información, se recomienda a los ciudadanos interesados que se pongan en contacto con las autoridades nacionales de su Estado miembro y del Estado en que pretenden trabajar.

¹¹⁹ Asunto 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 87.

ejemplo en relación con el acceso al sector público¹²⁰. En sus sentencias posteriores sobre la consideración de la experiencia profesional y la antigüedad a efectos de la determinación del salario, el Tribunal afirmó que «los períodos de empleo, en un ámbito de actividad comparable, cubiertos anteriormente en el sector público de otro Estado miembro» deben tenerse en cuenta igualmente¹²¹. También estableció que las exigencias que se aplican a los períodos cubiertos en otros Estados miembros no deben ser más estrictas que las aplicables a los períodos cubiertos en instituciones comparables del Estado miembro de que se trate¹²².

Hasta ahora, el Tribunal no ha aceptado ninguna de las justificaciones presentadas por los Estados miembros, como las características específicas del empleo en el sector público, la compensación de la fidelidad (con ciertas condiciones), las diferencias en las estructuras de carrera, la discriminación inversa, las dificultades a la hora de establecer comparaciones, o el principio de homogeneidad.

En la práctica, la comparación y la consideración de la experiencia profesional y la antigüedad plantean numerosos problemas a los trabajadores migrantes. Con el fin de garantizar una aplicación no discriminatoria de las normas de los Estados miembros en este ámbito, la Comisión quisiera destacar que la expresión «períodos de empleo, en un ámbito de actividad comparable» debe ser considerada en el contexto del sistema de cada Estado miembro. Por tanto, si el Estado miembro de acogida dispone de normas para tener en cuenta la experiencia profesional y la antigüedad, estas mismas normas deben aplicarse igualmente a los períodos de empleo, en un ámbito de actividad comparable, adquiridos en otro Estado miembro, sin que se cause perjuicio alguno al trabajador migrante. La jurisprudencia mencionada anteriormente no exige la introducción de un nuevo concepto (para los períodos de empleo en un ámbito de actividad comparable) en la legislación de los Estados miembros. No obstante, los Estados miembros deben adaptar su legislación y sus prácticas administrativas para que sean conformes a este principio. Debido a la gran diversidad existente en la organización de las administraciones públicas de los Estados miembros y en sus normas a la hora de tener en cuenta la experiencia profesional, y al hecho de que sólo los Estados miembros son competentes para organizar sus propias administraciones públicas, siempre que se respete el Derecho comunitario, la Comisión se ha abstenido de proponer normas detalladas que tuvieran que aplicarse de forma idéntica en todos los Estados miembros.

Sin embargo, la Comisión considera que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, como mínimo hay que respetar las siguientes directrices a la hora de adaptar las normas y las prácticas administrativas nacionales:

- los Estados miembros tienen el deber de comparar la experiencia profesional y la antigüedad; si las autoridades tienen dificultades a la hora de compararlas, deben ponerse en contacto con las autoridades de otros Estados miembros para pedir aclaraciones y más información;
- si se tiene en cuenta la experiencia profesional y la antigüedad en cualquier puesto de trabajo en el sector público, el Estado miembro también debe tener en cuenta la experiencia adquirida por un trabajador migrante en cualquier puesto de trabajo en el sector público de otro Estado miembro; la cuestión de si la experiencia puede considerarse perteneciente al sector público debe decidirse según los criterios del

¹²⁰ Asunto C-419/92, Scholz, Rec. 1994, p. I-505.

¹²¹ Asunto C-15/96, Schöning, Rec. 1998, p. I-47 y asunto C-187/96, Comisión/Grecia, Rec. 1998, p. I-1095.

¹²² Asunto C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Rec. 2000, p. I-10497.

Estado miembro de origen; al tener en cuenta cualquier trabajo realizado en el sector público, en general, los Estados miembros pretenden recompensar la experiencia específica adquirida en dicho sector y permitir la movilidad; se incumpliría la exigencia de igualdad de trato para los trabajadores comunitarios si la experiencia que, según los criterios del Estado miembro de origen pertenece al sector público, no fuese tenida en cuenta por el Estado miembro de acogida porque éste considerase que el puesto de trabajo pertenece al sector privado;

- si un Estado miembro tiene en cuenta la experiencia específica (en un trabajo determinado, en una institución determinada o en una tarea específica o en un nivel/grado/categoría dados), debe comparar su sistema con el del otro Estado miembro para cotejar los períodos de empleo anteriores; las condiciones fundamentales para el reconocimiento de los períodos cubiertos en el extranjero deben basarse en criterios no discriminatorios y objetivos (con respecto a los períodos cubiertos en el Estado miembro de acogida); sin embargo, el estatus del trabajador en su puesto anterior como funcionario o como empleado (en caso de que el sistema nacional considere de forma distinta la experiencia profesional y la antigüedad de los funcionarios y los empleados) no se puede utilizar como criterio comparativo¹²³;
- si un Estado miembro también tiene en cuenta la experiencia profesional en el sector privado, debe aplicar los mismos principios a los períodos de experiencia en un ámbito comparable adquiridos en el sector privado de otro Estado miembro.

Por ahora, las quejas y los asuntos del Tribunal de Justicia han tenido que ver sólo con la experiencia profesional adquirida en el sector público de otro Estado miembro. Sin embargo, la Comisión desea señalar que, debido a la gran diversidad organizativa de la función pública (por ejemplo, en salud, enseñanza, servicios públicos, etc.) y a su continua privatización, es necesario tener también en cuenta la experiencia profesional comparable adquirida en el sector privado de otro Estado miembro, a pesar de que la experiencia en el sector privado, en principio, no se tenga en cuenta en el Estado miembro de acogida. Sólo razones imperativas muy estrictas podrían justificar la creación de un obstáculo a la libre circulación por no tener en cuenta tal experiencia en un ámbito comparable.

5.4. Reconocimiento de cualificaciones y títulos

El sistema de reconocimiento mutuo de cualificaciones y títulos (véase la sección 2.3) es también aplicable al sector público con respecto a las profesiones reguladas.

Las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE¹²⁴ sólo son aplicables si el título exigido para ejercer una profesión determinada acredita una formación que prepara específicamente para el ejercicio de dicha profesión. Para ciertos puestos de trabajo en la administración pública de un Estado miembro se pide a menudo un tipo de título diferente, por ejemplo:

¹²³ Véase el asunto 152/73, Sotgiu, Rec. 1974, p. 87, en el cual el Tribunal consideró que carece de interés determinar si un trabajador presta sus servicios como empleado o como funcionario, o incluso si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado; tales calificaciones jurídicas varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuado a las exigencias de la legislación comunitaria.

¹²⁴ DO L 19 de 24.1.1989, p. 16, y DO L 209 de 24.7.1992, p. 25.

- un título que acredite un cierto nivel de estudios, sin que se especifique su contenido (por ejemplo, un título universitario, un certificado final de estudios secundarios más tres años de educación superior, etc.) o bien,
- un título que acredite un nivel de educación que cumpla ciertos criterios relativos al contenido en cuestión, sin que éste constituya la formación profesional en el sentido de las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE (por ejemplo, la exigencia de estar en posesión de un título en economía, ciencias políticas, ciencias, ciencias sociales, etc.).

Dado que estos casos no entran en el ámbito de aplicación de las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE, sólo se puede invocar el artículo 39 del Tratado CE. La opinión de la Comisión es que, para ser conformes al artículo 39 del Tratado CE, los procedimientos aplicables deben cumplir los siguientes principios:

- Título concedido tras la finalización de un cierto nivel de educación o de formación, sin que se exija ningún contenido específico.

Cuando sólo cuente *el nivel* de estudios para cuya acreditación se concede un título, las autoridades del Estado miembro de acogida no tienen derecho a tomar en consideración *el contenido* de la formación. Las autoridades del Estado miembro de acogida sólo pueden tener en cuenta el nivel de dicho título.

Para evaluar dicho nivel, es aconsejable considerar en primer lugar las normas del Estado miembro de origen. En los casos en que un título de un nivel determinado dé acceso a un puesto en el sector público de ese Estado miembro o a un procedimiento de selección para un puesto en una categoría particular, debería dar acceso asimismo a un procedimiento de selección para un puesto de una categoría equivalente en el sector público del Estado miembro de acogida.

Para decidir qué es una categoría equivalente, debe tenerse en cuenta la naturaleza de las funciones a las cuales da acceso dicha categoría (gestión, formulación de políticas, aplicación de políticas, etc.). La denominación real de la categoría es irrelevante. A semejanza del sistema general para el reconocimiento mutuo de cualificaciones y diplomas, podría existir un mecanismo de seguridad para proteger contra una disparidad excesiva entre los títulos exigidos, como por ejemplo entre un certificado de finalización de estudios secundarios en el Estado miembro de origen y un título universitario en el Estado miembro de acogida.

- Título que acredita un nivel de formación que satisface ciertos criterios relativos al contenido, sin que el propio contenido constituya formación profesional según las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE.

La posición de la Comisión sobre la evaluación del nivel del título es igual a la expresada anteriormente.

Por lo que se refiere a la evaluación del contenido real de la formación, en general se constata que cuando se exige un contenido académico, por ejemplo en economía, ciencias políticas, etc., el objetivo principal es contratar a alguien con conocimientos generales del campo en cuestión, con capacidad de pensar de forma crítica, de adaptarse a un entorno determinado, etc. Es decir, no habrá necesariamente una adecuación perfecta entre el contenido de la formación recibida por los candidatos y las tareas que se les exigirá que realicen. En la medida en que el título se ha concedido como reconocimiento de la finalización de un nivel de

educación o de formación en el campo exigido, se deberá reconocer la equivalencia de dicho título.

Procedimiento de reconocimiento

En la medida de lo posible, las personas migrantes deberían poder presentar su solicitud para el reconocimiento de un título en cualquier momento, sin tener que esperar a que se anuncie un puesto de trabajo, con objeto de que dispongan del tiempo necesario para prepararse de cara a un procedimiento de selección. Un problema con el que se enfrentan con frecuencia los trabajadores migrantes es la demora en reconocer los títulos y cualificaciones. Se invita a los Estados miembros a garantizar que esos procedimientos se llevan a término con la mayor rapidez, a fin de favorecer al máximo la movilidad y no comprometer las perspectivas profesionales de las personas.

6. CONCLUSIÓN

No obstante el carácter fundamental del derecho de libre circulación, parece que, a pesar de haber transcurrido más de treinta años, siguen existiendo obstáculos que pueden poner en peligro la capacidad de ejercer dicho derecho de forma efectiva. La naturaleza extraordinariamente técnica y complicada del marco legislativo existente y la amplia jurisprudencia del Tribunal pueden dificultar la interpretación y la correcta aplicación del Derecho comunitario en el ámbito de la libre circulación de trabajadores. Por ello es necesario que los Estados miembros, las instituciones europeas y los empleadores (tanto del sector público y como del privado) realicen un esfuerzo conjunto.

Muchos de los problemas señalados anteriormente pueden resolverse con la disposición de la información precisa y actualizada. La Comisión confía en que la publicación de la presente Comunicación, que se inscribe en este proceso informativo, ayudará a aclarar a todas las partes afectadas la interpretación y la aplicación de las normas de este ámbito¹²⁵.

No cabe duda de que los Estados miembros tienen la responsabilidad de garantizar la correcta aplicación del Derecho comunitario en todos niveles de la administración. La Comisión pide a los Estados miembros que garanticen que se toman las medidas necesarias a nivel nacional para que se respeten debidamente *todas* las normas comunitarias en materia de libre circulación.

Una información mayor también permitirá que los individuos puedan ejercer mejor los derechos que les confiere la legislación comunitaria y aumenten por lo tanto las oportunidades para la movilidad efectiva. Una mejor aplicación empieza al nivel nacional y debe incluir una protección judicial efectiva en favor de los trabajadores individuales. Además de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes¹²⁶, la Comisión ha establecido en los Estados miembros una serie de redes encargadas de cuestiones específicas

¹²⁵ Véase también el sitio web de información centralizada sobre la movilidad previsto por la Comisión y la Guía actualizada sobre los derechos en materia de seguridad social en los desplazamientos dentro de la Comunidad.

¹²⁶ Establecida en virtud del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y formada por representantes de los Estados miembros.

relacionadas con la libre circulación que permiten solucionar los problemas de modo más informal¹²⁷.

Los empleadores deberían evitar la discriminación, ya sea directa o indirecta. El Tribunal ha considerado que las normas establecidas en el Tratado sobre el acceso no discriminatorio al empleo son directamente aplicables, lo que significa que un individuo puede basarse en ellas para llevar a los tribunales nacionales a un empleador que le haya rechazado para un puesto de trabajo¹²⁸.

Es evidente que la Comisión propondrá, a medida que vaya siendo necesario, nuevos actos o modificaciones de carácter legislativo, que contribuyan a simplificar, mejorar y actualizar la legislación existente¹²⁹. La Comisión anima a los legisladores a debatir y a adoptar tales propuestas tan pronto como sea posible.

Por último, los servicios de la Comisión supervisarán las normas nacionales de los Estados miembros y su aplicación, y tomarán las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de las libertades fundamentales del Tratado CE, incluso entablando procesos ante el Tribunal de Justicia, basándose en el artículo 226 del Tratado CE.

¹²⁷ Véase por ejemplo la red SOLVIT para solucionar problemas transfronterizos (COM(2001) 702) y la red NARIC sobre el reconocimiento académico de los títulos (<http://europa.eu.int/comm/education/socrates/agenar.html>) y los puntos de contacto para el reconocimiento de cualificaciones profesionales http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/qualifications/contact.htm, así como la red de asesoramiento EURES.

¹²⁸ Asunto C-281/98, Angonese, Rec. 2000, p. I-4139.

¹²⁹ Véase por ejemplo la propuesta de la Comisión para modernizar y simplificar el Reglamento (CEE) n° 1408/71, nota n° 79.