



UNIVERSITAS CAROLINA
FACULTAS IURIDICA

SBORNÍKY 26

La realización del mercado único europeo: experiencias hispano-checas

Michal Tomášek (ed.)

Facultad de Derecho
Universidad
de Santiago de Compostela

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA



La realización del mercado único europeo: experiencias hispano-checas

Recopilación de las ponencias presentadas
en el seminario hispano-checo sobre cuestiones
del Derecho Comunitario del día 12 de mayo 2006
en Santiago de Compostela

Michal Tomášek (ed.)



Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Universidad de Santiago de Compostela
Facultad de Derecho

Praga 2006

Editor y redactor científico

Prof. JUDr. et PhDr. mult. *Michal Tomášek, DrSc.*

Lectores

Prof. Dr. *Javier Lete Achirica*

PhDr. *Július Štang*

Cooperación lingüística

Mgr. *Petra Němečková, LL.M.*

Modelo de anotaciones

Tomášek, Michal (Ed.): La realización del mercado único europeo: experiencias hispano-checas. Recopilación de las ponencias presentadas en el seminario hispano-checo sobre cuestiones del Derecho Comunitario del día 12 de mayo 2006 en Santiago de Compostela. Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela y Facultad de Derecho de la Universidad Carolina en Praga, Centro de Ediciones, Praga 2006

Editorial

Eva Rozkotová – IFEC

Tiraje: 300 ejemplares

Todos derechos reservados

© Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, ediční středisko, 2006

ISBN 80-85889-75-7

SUMARIO

Cartas introductorias

- Carta introductoria del Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela
Antonio López Díaz 5
- Carta introductoria del Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Carolina en Praga
Alés Gerloch 7

Ponencias

- La integración del Derecho europeo de consumo en el Derecho español
Javier Lete Achirica 8
- Los períodos transitorios después de la entrada de la República Checa en la UE en el ámbito de la libre circulación de capitales y pagos
Michal Tomášek 31
- La integración de los mercados financieros en la Unión Europea: el plan de acción de servicios financieros desde la experiencia española
Francisco Hernández Rodríguez 51
- El Gobierno Corporativo en Europa. Integración económica europea y soft law
Elena F Pérez Carrillo 64
- Medidas de transición en el ámbito de la libre circulación de trabajadores tras el ingreso de la República Checa en la Unión Europea
Věra Štangová 87
- Discriminación por motivos de nacionalidad en el acceso al empleo y libre circulación de trabajadores: un estudio desde la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas
Consuelo Ferreira Regueiro 109
- El tratamiento de la cuestión prejudicial comunitaria por los tribunales nacionales desde una perspectiva hispano-checa
Petra Němečková 131
- Índice de autores 143

Hace dos años, la República Checa entró plenamente en el proceso de la integración europea como uno de los diez nuevos Estados Miembros. Una parte de este proceso está dedicado al intercambio de profesores y estudiantes universitarios y a la cooperación de variada índole de los mismos dentro del marco del proceso de Bolonia que incluye también las actividades científicas compartidas.

Una de las actividades de estas características era el seminario dedicado al tema "La realización del mercado único europeo: Experiencias hispano-chechas" organizado en el mes de mayo de 2006 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela y la Facultad de Derecho de la Universidad Carolina de Praga cuyos resultados hoy en día llevamos al público en forma de recopilación de ponencias presente.

No podemos ocultar que el audaz y esperanzador proyecto de la integración europea, inaugurado con los Tratados de Roma sobre la Comunidad Económica Europea y el EURATOM los cuales en 2007 cumplirán ya cincuenta años está caracterizado finalmente y cada vez en mayor medida por dos facetas.

Una de estas facetas consiste en una cooperación de gran envergadura y cada vez más profunda en la ciencia, la educación, el arte, el deporte y la cultura siendo sus artífices numerosas instituciones, asociaciones y áreas de los Estados miembros de la Unión Europea. Se trata por supuesto de una cooperación económica de ventajas colectivas que deriva en primer lugar del mercado único apoyado con las cuatro libertades fundamentales: libre circulación de mercancías, capitales, servicios y personas desembarcando ellas en la Unión Monetaria. Se trata también de varios instrumentos económicos prestados para el apoyo destinado a los Estados miembros menos desarrollados o a las regiones de éstos.

La otra faceta señala que algunos procesos y pasos no han sido del todo acertados. Podemos citar el complicado sistema de tres pilares de las Comunidades Europeas/ Unión Europea, el reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión no muy claro, el enrevesado sistema de las fuentes de derecho europeo primario y secundario, comunitario y de la Unión, el impugnable déficit democrático en la toma de decisiones de los órganos europeos, el intento inconcluso de solución en forma de la llamada Constitución Europea (Tratado por el que se establece una Constitución para Europa), unidos éstos al mismo tiempo a una agenda no del todo madura para la ampliación europea. Por consiguiente siguen surgiendo cada vez con mayor insistencia preguntas sobre la dirección del proceso de la integración europea.

En estas circunstancias, la discusión sobre dichas cuestiones, debatida también en foros científicos a los que pertenece el seminario sobre las experiencias españolas y checas acerca de la realización del derecho comunitario en algunas áreas de las políticas comunes de la Unión, que tuvo lugar en Santiago de Compostela, resulta muy oportuna y fructífera.

El propio seminario como forma de cooperación entre las dos universidades se convirtió así en una prueba de la viabilidad del proyecto de integración de Europa

Prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc.
Decano

**DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE NACIONALIDAD
EN EL ACCESO AL EMPLEO Y LIBRE CIRCULACIÓN
DE TRABAJADORES: UN ESTUDIO DESDE LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS
COMUNIDADES EUROPEAS**

Consuelo Ferreiro Regueiro

SUMARIO

I. EN TORNO AL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN "ACCESO AL EMPLEO". II.- NÚCLEO DE IMPUTACIÓN: EL TRABAJADOR. III.- AMPLIACIÓN DEL NÚCLEO DE IMPUTACIÓN. A) FUNCIONARIOS. B) PARIEN- TES DEL TRABAJADOR. IV.- DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE NACIONALIDAD. A) DEL RECONOCIMIENTO DE TÍTULOS ACADÉMICOS CONCEDIDOS POR OTRO ESTADO. B) DE LA EXIGENCIA DEL CONOCIMIENTO DEL IDIOMA DEL ESTADO DE ACOGIDA. C) OTRAS PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS POR MOTIVOS DE NACIONALIDAD.

**I. EN TORNO AL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN
"ACCESO AL EMPLEO"**

En Derecho originario, tres son los preceptos que sancionan de forma expresa la no discriminación por motivos de nacionalidad. Se trata del art. 12 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, que constituye la sede natural de aquella sanción, y de los arts. 39 y 43, circunscritos a la prohibición de las restricciones a la libre circulación de trabajadores y a la libre prestación de servicios de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Ellos actúan como instrumentos indispensables para el logro de un "mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales", tal y como reza el art. 3 del Tratado que explicita alguno de los fines de la Comunidad simplemente enunciados en su art. 2. *Prima facie*, el principio de igualdad, materializado en la lucha contra la discriminación, en este caso por motivos de nacionalidad, se erige como principal valuarte para la consecución de los objetivos comunitarios. Sin embargo, el propio Derecho comunitario, tan contradictorio, se encarga de limitar la operatividad de dicho principio; la igualdad por razón de la nacionalidad no se preconiza de forma absoluta, sino que se condiciona al ejercicio de un derecho de menor valor cual es el de residencia en un Estado miembro distinto del de procedencia, o al reconocimiento oficial de las titulaciones obtenidas en el Estado de origen.

Por su parte, facilitar el acceso al empleo justifica el derecho a permanecer en un Estado miembro; la búsqueda de empleo, bien escaso, moviliza a los trabajadores

dentro del territorio comunitario. Claro está que la citada expresión, "acceso al empleo", muestra un contenido incierto. En un principio, sólo el art. 39.2 del Tratado se aventuró a sancionar la "abolição de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo". El Reglamento 1612/68/Consejo, de 15 octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, identificó tal expresión con "acceder a una actividad por cuenta ajena" (art. 1.1), para añadir que comprende el intercambio de demandas y ofertas de empleo, la formalización de contratos de trabajo y su ejecución (art. 2). Con todo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas vacilaba, tal y como se comprueba en el asunto *Collins* (2004),¹ motivo por el que, superando lo dispuesto en el Reglamento 1612/68, vino a incluir la protección por desempleo como parte del acceso al empleo. La incertidumbre concluye con la promulgación de un trío de directivas – 2000/43/CE, de 29 junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; 2000/78/CE, de 27 noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y 2002/73/CEE, de 23 septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo– en lo que aquí interesa prácticamente iguales, que de forma expresa determinan que la citada expresión "acceso al empleo" se incardina dentro de una materia más amplia que es el "empleo" y que se refiere a las condiciones de acceso a una actividad por cuenta ajena, por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, además del uso de las oficinas de empleo de cualquier Estado miembro.² Queda, por tanto excluida, la cuestión relativa a la ejecución misma del contrato, otro aspecto del "empleo" con singularidad propia, pero se mantiene el desempleo en cuanto situación temporal dirigida a la consecución de una ocupación, pese al silencio de las directivas.

Sea como fuere, no se puede pasar por alto el hecho de que las tres normas de Derecho derivado se esfuerzan por remarcar, de un lado, que su ámbito de aplicación objetivo no se cierne sobre la traba de la libre circulación de trabajadores; al contrario se extiende a las de la libre prestación de servicios, y de ahí que el art. 3 de aquellas normas se reafirme con su *dictum* "acceso (...) a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional" y de otro, que el acceso al empleo lo es tanto al del sector público como del privado, de suerte que el núcleo de imputación de la libre circulación de trabajadores comprende a éstos, pero también a los funcionarios si bien con lógicas limitaciones que se tendrán ocasión de comprobar. Evidentemente, el interés de estas

notas es el acceso al empleo de los trabajadores asalariados, núcleo de imputación del Derecho del Trabajo, a salvo las disquisiciones de la inclusión o no en su campo de aplicación de los autónomos dependientes cuyo estudio excedería de la cuestión a tratar.

Es posible que lo expuesto permita otear un régimen jurídico comunitario compacto en lo referente a la interdicción de la discriminación por nacionalidad en el acceso al empleo asalariado. Equivocada perspectiva pues se está ante buenas promesas, legislación confusa y futuro pretencioso hacia la ciudadanía de la Unión. Desde luego, no se comparece la sibilina limitación de la libre circulación de trabajadores por motivos de nacionalidad con el propio art. 8 del Tratado, cuyo apartado 1 enuncia la creación de "una ciudadanía de la Unión", de forma que "será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro". Antes al contrario, salvo en raras ocasiones que afortunadamente van *in crescendo*,³ las trabas derivadas de los derechos de residencia y de permanencia en un Estado miembro son utilizados como armas arrojadizas para controlar la nacionalidad de las personas que integran el mercado de trabajo en un determinado Estado miembro, en donde la ciudadanía de la Unión, ante la imposibilidad de conferir los derechos que tradicionalmente se sujetan a la pertenencia a una comunidad política, pasa a ser una mera declaración de principios. En efecto, el art. 39.3 del Tratado confiere a los nacionales de los Estados miembros un derecho a residir en uno de ellos para ejercer en su territorio un empleo, pero ese derecho se encuentra supeditado en la práctica a lo dispuesto en la Directiva 68/360/CEE, de 15 octubre, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad. Sus arts. 4 y 8 refieren la concesión del permiso de residencia⁴ a los nacionales de un Estado miembro que trabajen en otro Estado miembro, omitiendo la cuestión de la permanencia en ese Estado al efecto de acceder a un primer empleo, y es que el concepto de trabajador no se utiliza de una manera uniforme en la normativa comunitaria. De esta suerte, el ciudadano comunitario residente en un Estado miembro distinto del de pro-

³ Conviene traer a colación la novedosa doctrina del TJ relativa al reconocimiento de "un derecho de residencia autónomo" en cualquier Estado de la UE, esto es, no supeditado a los requisitos expresamente recogidos en la Directiva 68/360 o en otras de similar calado (por ejemplo, Directiva 93/96/CEE, de 29 octubre, sobre el derecho de residencia de los estudiantes), sino procedente directamente del art. 8 del Tratado como paso previo a la ciudadanía europea, todavía incapaz por sí misma de conferir la plenitud de los derechos tradicionalmente sujetos a la pertenencia a una comunidad política. Así, vid. asuntos Baldinger (sentencia de 11 diciembre 2003 [C-386/02]), y D'Hoop (sentencia de 11 julio 2002 [C-224/98]).

⁴ Repárese en que no se precisa permiso de residencia en los casos del art. 1 de la Directiva 68/360, esto es: a) trabajadores que ejerzan una actividad asalariada de una duración no superior a tres meses; b) los trabajadores fronterizos; y c) los trabajadores de temporada. Repárese también en que los arts. 1 y siguientes del Reglamento 1251/70/Comisión, de 29 junio, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, establece los trabajadores y familiares que tienen derecho a permanecer en el Estado de acogida una vez concluida la actividad que aquél desempeñaba. En todos esos casos, los trabajadores ocupan una posición privilegiada en el Derecho comunitario. Sobre todo ello, vid. asuntos Collins (sentencia de 23 marzo 2004 [C-138/02]) y Givane (sentencia de 9 enero 2003 [C-257/00]).

¹ Sentencia de 23 marzo 2004 (C-138/02), apdo. 63.

² Sobre las agencias de colocación, públicas y privadas, y su uso por los trabajadores de cualquier Estado miembro, véase el asunto Job Centre coop. Ail (sentencia de 11 diciembre 1997 [C-55/96]).

cedencia puede permanecer en él y beneficiarse de las mismas ventajas fiscales y sociales que los nacionales de ese país siempre que ya haya accedido a su mercado de trabajo. Mientras que las personas que se desplacen por territorio comunitario en busca de su primer empleo, únicamente tienen garantizado el principio de igualdad de trato en el acceso al mercado de trabajo, amén del derecho a permanecer en un Estado miembro hasta tres meses. Desde luego no parece descabellado entender que ese plazo perentorio se amplía a seis meses tras la aplicación del Reglamento 883/2004, de 29 abril, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social que modifica y mejora lo dispuesto en el Reglamento 1408/71, habida cuenta que se autoriza al desempleado a exportar la prestación por desempleo durante dichos seis meses al territorio de otro Estado miembro para buscar una nueva colocación. Entonces, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el citado asunto *Collins* (2004),⁵ el derecho a la igualdad de trato previsto en el art. 39 Tratado con relación a su art. 12 no se opone a una normativa nacional que lo supedita a "un requisito de residencia, siempre que este requisito se justifique sobre la base de consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas interesadas y proporcionadas al objetivo legalmente perseguido por el Derecho nacional". No se está diciendo nada más que los súbditos de los países de la Unión Europea pueden acceder al mercado de trabajo de cualquier Estado miembro en condiciones de igualdad con respecto a los nacionales de dicho Estado, si bien, en caso de búsqueda del primer empleo, no pueden permanecer en el territorio del Estado de acogida por tiempo superior al fijado en su normativa interna o, en su defecto, a seis meses, con la única caución de que, transcurrido tal plazo, no podrá ser obligado a abandonar el territorio del Estado de acogida sólo si prueba que continúa buscando empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado.⁶

II. NÚCLEO DE IMPUTACIÓN: EL TRABAJADOR

Las medidas de lucha contra la discriminación por motivos de nacionalidad carecerán de sentido si no se determinase con el máximo rigor su núcleo de imputación, o sea, el sujeto sobre el que recaen: el trabajador. Esta afirmación parece sencilla, incluso elemental, pero, en tal caso, se está ante una falsa apreciación habida cuenta que el Derecho comunitario todavía no ha zanjado la polémica sobre el concepto de trabajador. Parece quedar claro que se trata de un concepto cuyas líneas maestras se fijan unilateralmente⁷ por el Derecho comunitario a través del Tribunal de Justicia

que ha llevado a término una ingente labor integradora destinada a cubrir la omisión al respecto del Reglamento 1612/68, de 15 octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento 2434/92, de 27 julio. También parece quedar claro que el reiterado concepto comprende a los trabajadores por cuenta ajena y a los por cuenta propia, de suerte que los primeros se integran en la libre circulación de trabajadores (art. 39), y los segundos en la libre prestación de servicios (art. 43 Tratado). Pero la confusión resurge al tratar de precisar qué se entiende por trabajador a los efectos de la libre circulación de trabajadores. Desde luego, en sentido negativo, no lo son, según el asunto *Nadin* (2005),⁸ los que ejerzan una actividad sin que exista una relación de subordinación. En sentido positivo, el TJ postula, en primer lugar, que el concepto de trabajador por cuenta ajena tiene nuevamente "un alcance comunitario y que no debe interpretarse de forma restrictiva", apuesta por su propia discrecionalidad y su buen criterio, razón por la cual concluye elaborando una base casuística de sus decisiones en cada una de ellas se determina si se está o no ante un auténtico trabajador. Por ejemplo, en aras de la extensión de las garantías de la libre circulación -muy loable por parte del Derecho comunitario- y de utilizar el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, llega a extender la condición de trabajador a los que efectúan prácticas profesionales remuneradas vinculadas obligatoriamente a sus estudios de formación profesional (asuntos *Laurie Blum*, 1986) o a los que concluyen su período de formación en la licenciatura de derecho en Alemania por realizar las prácticas "preparatorias" sólo necesarias si se desea disfrutar de un empleo en la magistratura o en la función pública (asuntos *Schnorbus*, 2000, y *Kraneman*, 2005);⁹ en ambos casos, la persona que realiza tales prácticas no deja de ser un estudiante cuya remuneración es más propia de una beca que de un contrato de trabajo, con lo que se sometería al imperio de la Directiva 93/96/CEE, de 29 octubre, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

En segundo término, que el vínculo laboral existe si una persona "realiza, durante un cierto tiempo, en favor de y bajo su dirección determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución",¹⁰ de forma tal que ese vínculo laboral se identifica con las notas de subordinación, trabajo remunerado y permanencia en el tiempo. A la segunda de ellas, nada hay que objetar; la remuneración resulta elemento tradicionalmente clave para distinguir el trabajo objeto del contrato de trabajo del trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad. En esa línea se sitúa el asunto *Trojani* (2004) en el que se denegó la condición de trabajador a una persona que efectuaba para el Ejército de Salvación y bajo su dirección diversas prestaciones, durante treinta horas

"«trabajador asalarado»". En la actualidad, la primera de las doctrinas citadas ha triunfado, no obstante las sentencias siguen conservando como fórmula de rigor el que el juez nacional defina el concepto de trabajador, tratándose de una mera invitación a adaptar el fallo comunitario al derecho interno del país que debe aplicarlo.

⁸ Sentencia de 15 diciembre 2005 (C-151/04 y C-152/04).

⁹ Sentencias de 6 junio 2000 (C-79/99), y 17 marzo 2005 (C-109/04).

¹⁰ Asunto Trojani (sentencia de 7 septiembre 2004 [C-456/02], aptdo. 18).

⁵ Especialmente, vid. aptdo. 17.

⁶ Asuntos Antonissen (sentencia de 26 febrero 1991 [C-292/89], aptdo. 21), y Comisión versus Bélgica (sentencia de 20 febrero 1997 [C-344/95], aptdo. 17).

⁷ No cabe duda que ello supone en sí mismo un avance si se recuerda la confusión del TJ hasta comienzos de la década de los noventa. En el caso Unger (sentencia de 19 marzo 1964 [75/63]) se postula la fijación unilateral a cargo del Derecho comunitario del concepto de trabajador, pues, lo contrario, vaciaría de contenido las normas sobre libre circulación. Mientras que en el asunto Doma (sentencia de 27 octubre 1976 [82/76]) se atribuye a cada Estado el dotar de contenido al reiterado concepto al afirmar que "corresponde al juez de cada país definir de acuerdo con su derecho interno lo que sea

semanales, en el marco de un proyecto individual de reinserción, "percibiendo como contrapartida prestaciones en especie y algo de dinero para sus gastos personales" que no constituirían remuneración.¹¹ En cuanto a la nota de la subordinación, el Derecho comunitario toma posición a favor de la tendencia de interpretarla en términos estrictos, como el sometimiento del trabajador a la esfera directiva y de organización del empresario; lo que lo aleja de otra tendencia que aprecia la existencia del vínculo contractual laboral en caso de que el prestador del servicio dependa económicamente de un solo empresario. Se consigue, en teoría, la cuadratura del círculo. Los trabajadores que trabajen por su cuenta, por lo tanto autónomos, entran en el campo de la libre prestación de servicios aunque dependan económicamente de un único empresario; por el contrario, los que lo hagan por cuenta de otro, en régimen de subordinación, se incluyen en la libre circulación de trabajadores, pese a que esa nota de la subordinación se haya relajado. Tal sucede en el asunto *Meusen* (1999),¹² según el cual el hecho de que una persona esté unida en matrimonio al director y único propietario del capital de la sociedad para la que trabaja no impide que merezca ser calificada como trabajador, y también con el citado asunto *Nadin*, 2005, si bien con distinto resultado pues, en este, el alto directivo de una empresa que trabaja en un Estado miembro diferente del de residencia está sujeto a la libre prestación de servicios por ausencia de la nota de la subordinación. Como se aprecia brilla por su ausencia la existencia de un criterio estable por parte del TJ. En lo referente a que el trabajo tenga "permanencia en el tiempo", se trata de una nota que difícilmente sirve para identificar el carácter laboral de una relación y, lo que es más, el propio TJ se contradice al defenderla toda vez que ha calificado como trabajadores a los eventuales y de temporada (asunto *Levin*, 1982).¹³ Se debe exigir al propio TJ que la corrija, siendo una solución no desdeñable la propuesta por la doctrina francesa que no predica "un vínculo permanente de subordinación jurídica, sino un vínculo de subordinación jurídica permanente", de suerte que "la permanencia califica a la subordinación, no al vínculo".¹⁴

La consecuencia inmediata de la posición de la jurisprudencia comunitaria es la disociación entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de determinados Estados miembros. Es cierto que desde el momento en que el concepto de trabajador, en general, y el trabajador por cuenta ajena, en particular, son competencia del Derecho comunitario, no tiene por qué existir una identidad con el Derecho de cada Estado miembro. Pero también es cierto que esta posición acarrea efectos indeseables. Póngase por caso el Derecho portugués, en cuyo reciente Código de Trabajo (2001), las personas que prestan sus servicios en régimen de subordinación y las que lo hacen en régimen de dependencia económica de un empresario tienen la consideración de trabajador. Ahora

bien, en el ámbito comunitario, la libre circulación de trabajadores sólo se aplicará a los primeros. En el Derecho francés, la Ley de 11 febrero 1994 -conocida como *Loi Madelin*-, introduce en el art. L 120.3 *Code du Travail* una presunción de trabajo no asalariado -técnica a contracorriente de la utilizada en otros ordenamientos como el español o el italiano-, según la cual "las personas físicas inscritas en el registro de comercio y de sociedades, o en la relación de oficios, o en el registro de agentes comerciales (...) se les presume no vinculadas por un contrato de trabajo con ocasión de ejecutar la actividad que de lugar a esa inscripción".¹⁵ Con ello, parece que se desplaza fuera del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo a los titulares de relaciones jurídicas de prestación de servicios de difícil calificación. La reacción de la *Court de Cassation* aplicando el art. 1156 del *Code Civil* francés, según el cual "*se qui a été dit importe peu; seul compte ce qui a été voulu*", deja la puerta abierta a la recalificación de numerosos contratos mercantiles o civiles en laborales, abogando por la nota de la dependencia económica de un único empresario. Evidentemente, todos estos avatares acaecidos en Derecho interno no se libran del castigo del Derecho comunitario que, como en el caso portugués, someterá al ámbito de la libre prestación de servicios las relaciones no apoyadas en vínculos de subordinación. Ni que decir tiene que España tampoco se escapa de este fenómeno. El RD 1382/1985, de 1 agosto, que regula la relación laboral especial de personal de alta dirección, reconoce la existencia de una subordinación muy atenuada o, más bien, de una dependencia económica entre dicho personal y el empresario; con dudas, se trata de trabajadores por cuenta ajena. Consideración de la que carecen en el ámbito comunitario en donde pasan a ser trabajadores por cuenta propia de acuerdo con el razonamiento del citado asunto *Nadin* (2005). Por consiguiente, la premisa de partida de incluir en la libre circulación de trabajadores a los que desempeñan la actividad por cuenta ajena y en la libre prestación de servicios a los que lo hacen por cuenta propia, quiebra dada la disociación entre el concepto de trabajador por cuenta ajena del Derecho comunitario y el de los respectivos derechos internos.

En tercer lugar, que la condición de trabajador solo recae sobre las personas que "ejercen actividades reales y efectivas", con exclusión de aquellas "realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio". Se aprecia la clara influencia del Derecho anglosajón, según el cual se niega la condición de trabajador por cuenta ajena a los que realicen una actividad de forma ocasional o intermitente, denominándolos "*regular casual workers*", salvo que demuestren trabajar para un solo empresario y no actuar con capital propio, en cuyo caso pasan a ser denominados trabajadores autónomos o por cuenta propia.¹⁶ Sea como fuere, este ulterior componente del concepto de trabajador por cuenta ajena refuerza la exclusión, antes comen-

¹¹ Apdo. 20.

¹² Sentencia de 8 junio 1999 (C-337/97).

¹³ Sentencia de 23 marzo 1982 (53/81).

¹⁴ TEYSSIE, B., «Sur un fragment de la IOi n° 94-126 du 11 février 1984 : commentaire de l'article L 20.3 du Code du Travail», *Droit Social*, n° 7-8, 1994, pág. 670.

¹⁵ En su idioma original se dice que: "Les personnes physiques immatriculées au registre du comerce et des sociétés au répertoire des metiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et des allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales sont présumées ne pas être liées par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation".

¹⁶ DEAKIN, S. Y., MORRIS, G., *Labour Law*, 2ª ed., Butterworths (London, 1998), pág. 181.

tada, de los que realizan trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad¹⁷ y facilita la de los trabajadores de temporada y similares, en caso de apreciar exclusivamente el componente del carácter marginal de la actividad.

En último término, el TJ emplea una cláusula de cierre en torno al concepto de trabajador por cuenta ajena que consiste en la indemnidad de tal condición nunca atacada por "la productividad más o menos elevada del interesado o el origen de los recursos para la retribución ni siquiera el nivel limitado de ésta".¹⁸

Pues bien, la restricción del concepto de trabajador a los titulares de relaciones jurídicas bajo el régimen de la subordinación entra en conflicto con la ampliación del mismo concepto en las decisiones del TJ resolviendo cada caso concreto. La improvisación, el liberalismo de la política comunitaria, el desinterés por recoger en el Derecho derivado tal concepto impide conocer con exactitud el núcleo de imputación, todo lo cual se acrecienta por las ampliaciones de tal núcleo que se tendrá ocasión de ver.

III. AMPLIACIÓN DEL NÚCLEO DE IMPUTACIÓN

No se trata de ampliar el concepto de trabajador, que permanece en los términos ciertamente confusos que se han expuesto, sino de reconocer nuevas categorías de personas -asimilados- que ora por su actividad (funcionarios y estudiantes), ora por los vínculos familiares, merecen disfrutar de las garantías de la libre circulación de trabajadores. Se amplía así su núcleo de imputación y lo hace con todas las consecuencias, esto es, aplicando a esos "asimilados" todo o gran parte del acervo jurídico comunitario en materia de corrección de la discriminación por motivos de nacionalidad. Dicho sea de paso para estar en consonancia con otras disquisiciones hechas con anterioridad, la actividad que los asimilados realizan o que aspiran realizar es a cuenta de un tercero, con lo que queda excluida la libre prestación de servicios.

A) FUNCIONARIOS

Como es sabido, el art. 39.4 del Tratado sostiene que "las disposiciones del presente tratado no serán aplicables a los empleos en las administraciones públicas", de donde funcionarios y función pública se encuentran al margen de la libre circulación de trabajadores. La exclusión no planteó problemas hasta que las diferentes administraciones públicas comenzaron a adoptar políticas de flexibilización, lo que implicó la descentralización, incluso en beneficio del sector privado, de determinadas actividades propias de aquéllas; además de la utilización de la norma laboral para contratar prestaciones de servicios cuyo desempeño había sido atribuido hasta la fecha de los funcionarios. Ambas circunstancias problemáticamente estaban presentes en el momento en que el TJ se pronunció en el asunto *Sotgiu* (1974),¹⁹ el primero en tratar el apartado 4 del citado art. 39,

en donde se apostó por una interpretación restrictiva de la expresión "Administración pública", que no sobrepasase "la finalidad para la cual está cláusula de excepción ha sido establecida"²⁰ en cuanto entraña una excepción a principios fundamentales del Derecho comunitario; o de otro modo, se abría la puerta a la aplicación de los beneficios de la libre circulación de trabajadores a este sector. A partir de dicho fallo, el TJ elaboró una extensa doctrina a través de la cual se ha ido limitando la virtualidad de la excepción del art. 39.4. Para empezar, el recién citado asunto *Sotgiu* y, más extensamente, el caso *Comisión Europea contra Bélgica* (1980),²¹ recabaron para el Derecho comunitario la determinación del contenido de la expresión "Administración pública", de suerte que será único en toda la Unión y no quedará al arbitrio y discreción de los Estados miembros. Fruto de esta competencia, en el asunto *Anker* (2003)²² se dice que tal expresión se identifica con los empleos que presuponen "una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas, por parte de sus titulares".²³ Lo que significa que no todo empleo en la Administración pública se encuentra ubicado en la excepción del art. 39.4, sino que únicamente sufrirán tal efecto los que generen "una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de la nacionalidad".²⁴ Consecuencia inmediata de lo dicho es, por una parte, que la limitación no puede recaer sobre empleos que, pese a depender del Estado o de otros organismos públicos, "no implican, sin embargo, ninguna participación en las actividades que competen a la Administración pública" en los términos en que se ha definido.²⁵ Y, por otra, que si la actividad "implica típicamente el ejercicio de prerrogativas de poder público" e, incluso, "la responsabilidad de velar por los intereses generales del Estado", aun cuando aquélla se desempeña en el ámbito privado, juega la excepción del art. 39.4 del Tratado. Por eso, en el caso *Nanker* se defendió la exclusión de los capitanes de buques de la marina mercante, que no militar, alemana, porque, pese a ser empleados de una persona física o jurídica de derecho privado, participan directa o indirectamente en el poder público, según lo evidencia el hecho de encargarse de las notificaciones en el registro civil por muerte o nacimiento en el buque, y desempeñar funciones de policía con especial trascendencia en caso de peligro a bordo. Sobra puntualizar que esas funciones de los capitanes de buque son habituales y no representan una parte muy reducida de sus funciones.

²⁰ *Ibid.*, apdo. 5.

²¹ Sentencia de 17 diciembre 1980 (149/79).

²² Sentencia de 30 septiembre 2003 (C-47/02).

²³ *Ibid.*, apdo. 58.

²⁴ El Estado español ha determinado los empleos públicos que pueden ser desempeñados por ciudadanos comunitarios en el Real Decreto 543/2001, de 18 mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración general del Estado y sus organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores (BOE de 31 mayo).

²⁵ *Ibid.*

¹⁷ Asunto Ninni-Orasche (sentencia de 6 noviembre 2003 [C-413/01])

¹⁸ Asunto Levin, apdo. 16; se puede confirmar en asuntos Kurz (sentencia de 19 noviembre 2002 [C-188/00]) y Trojani.

¹⁹ Sentencia de 12 febrero 1974 (152/3).

Así las cosas, el concepto de Administración pública en el ámbito comunitario concluye una somera relación de los sectores de actividad que, globalmente, sin entrar en los poderes particulares de los que están imbuídos alguno de sus trabajadores, no se someten nunca a la excepción del art. 39.4 del Tratado, o sea, los transportes marítimos y aéreos. Como explicita el asunto *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (2006),²⁶ los Estados miembros, si respetan la doctrina comunitaria, pueden ampliar los sectores de actividad, a salvo los recién citados que están expresamente al margen de cualquier juego, que habían reservado en sus inicios a la Administración pública, pero tienen prohibido la práctica contraria, la de clasificar como empleados de la Administración pública los que están privados de prerrogativas de poder público.

B) PARIENTES DEL TRABAJADOR

En virtud del art. 11 del Reglamento 2434/92 del Consejo, de 27 julio, que modifica al Reglamento 1612/68, el cónyuge²⁷ y los hijos menores de veintidós años de una nacional de un Estado miembros que ejerza su actividad por cuenta propia o ajena en el territorio de otro Estado miembro tendrán derecho a acceder a cualquier actividad por "cuenta ajena" en el territorio de ese mismo estado, con independencia de su nacionalidad. Realmente, no se trata de una ampliación del núcleo de imputación al uso del caso ya visto de los funcionarios, porque la libre circulación no se reconoce ni al cónyuge ni a los hijos del ciudadano comunitario; aquellos retienen para sí el simple derecho de acceso al mercado de trabajo en el Estado, y sólo en éste, en donde reside su pariente y a hacerlo en la modalidad de trabajo por cuenta ajena. No obstante, el TJ a raíz del asunto *Mattern y Cikotic* (2006)²⁸ ha flexibilizado lo dispuesto en la norma comunitaria hasta el extremo de que el derecho del que se habla persiste en el cónyuge del ciudadano comunitario aun cuando éste último hubiese dejado de trabajar en el país en donde resida o, además de ello, hubiese trasladado su residencia al Estado de origen, con independencia, en ese caso, de que dicho cónyuge extracomunitario convenga o no la suya en el Estado miembro de acogida.²⁹

²⁶ Sentencia de 23 febrero 2006 (C-205/04).

²⁷ Evidentemente, se trata de un cónyuge extracomunitario que reside legalmente en un Estado de la UE, lo que no ocurre, por ejemplo, si se prueba que el matrimonio celebrado es de conveniencia. De ahí que en el asunto *Secretary of State for the Home Department and H. Akrich* (sentencia de 23 septiembre 2003 [C-109/01]) afirmase: "si, en el momento en que un nacional de un primer Estado miembro, regresa al Estado miembro del que es nacional para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena, su cónyuge no disfruta de los derechos contemplados en (...) el Reglamento 1612/68 por no haber residido legalmente en el territorio de un Estado miembro", entonces "las autoridades competentes del primer Estado miembro, al apreciar la solicitud del cónyuge de entrar y residir en su territorio, deben tener en cuenta [antes de su expulsión] el derecho al respecto de la vida familiar en el sentido del art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", firmado en Roma en 1950, siempre que el matrimonio sea auténtico (apdo. 62.4).

²⁸ Sentencia de 30 marzo 2006 (C-10/05).

²⁹ Así se pronuncia el alto tribunal al resolver una cuestión prejudicial en el asunto *Mattern y Cikotic* (sentencia de 15 diciembre 2005 [C-10/05]).

Por esa tendencia flexibilizadora se agudiza con la promulgación de la Directiva 93/96/CEE, de 29 octubre, relativa al derecho de residencia de los estudiantes. Apréciase la amplitud de derechos de su art. 2, a cuyo tenor. "el cónyuge y los hijos a cargo de una nacional de un Estado miembro que goce de derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro podrán acceder a todo tipo de actividad por cuenta propia o ajena en todo el territorio de dicho Estado miembro, aun cuando no tenga nacionalidad de un Estado miembros". A diferencia del caso precedente, en el actual se autoriza que el pariente del súbdito comunitario ejerza una actividad por cuenta ajena y propia. Apréciase, sobre todo, la laxitud del TJ que permite al cónyuge de un ciudadano del UE, cuya residencia la ha fijado en un Estado diferente del de origen, a acceder en condiciones de igualdad al Estado de origen si tal ciudadano hubiese cursado en él los estudios que le habilitaron para el ejercicio de su profesión habitual. La expresión "habitual" se emplea con el objetivo de recalcar que dicho ciudadano comunitario no necesita ejercerla por cuenta propia o ajena en el momento en que su cónyuge acceda al mercado de trabajo del país de donde aquél procede con tal que su título académico hubiese sido expedido en él.

IV. DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE NACIONALIDAD

En desarrollo del art. 39.2 del Tratado, el art. 3 del Reglamento 1612/68 sanciona la inaplicación de las "disposiciones legales, reglamentarias o administrativas" y de las "prácticas administrativas de un Estado miembro" que "limiten o subordinen a condiciones no previstas por los nacionales la oferta y demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros", es decir, que sean discriminatorias por motivos de nacionalidad. Apréciase que el precepto reduce, al menos eso se desprende de una primera lectura, el control de la discriminación a la contenida en disposiciones y actos de origen estatal, motivo por el que se cuestionó si también fiscalizaba el mismo tipo de conductas de origen privado. Va de suyo lo absurdo de admitir la hipótesis contraria; tan es así que, muy tempranamente, el TJ con el asunto *Walrave y Koch* (1974)³⁰ extendió la prohibición de discriminación "a normativas de otra naturaleza [en alusión a las privadas] que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios", así como a cualquier acto realizado bajo el imperio de la autonomía individual. Integrada la norma comunitaria con la aclaración de la jurisprudencia, pudiera admitirse que el marco jurídico de la prohibición de la discriminación por motivos de nacionalidad se ha completado. Se dice "pudiera admitirse" porque, en realidad, "no debiera admitirse". En efecto, a través de directivas comunitarias se ha obligado a los Estados miembros a armonizar su legislación interna en materia de igualdad de trato en el empleo entre hombre y mujeres -Directiva 2002/73/

³⁰ Sentencia de 12 diciembre 1974 (36/74), apdo. 17. En el mismo sentido, el ya citado asunto *Schoorbus* (2000), según el cual "toda cláusula de convenio colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, al empleo, a la retribución y a las demás condiciones de trabajo y despido, será nula de pleno derecho en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros" (apdo. 3).

CEE- o entre las personas con independencia de su origen racial o étnico -Directiva 2000/43/CEE- o, en general, de todos en atención a la religión o las convicciones, las discapacidad, la edad o la orientación sexual -Directiva 2000/78/CEE-, pero ninguna de ellas se refiere de forma expresa a la igualdad por motivos de nacionalidad, de donde el aludido marco jurídico sobre la interdicción de la discriminación está incompleto. Ello se subsana por la inestimable jurisprudencia comunitaria³¹ que ha elaborado una intrincada doctrina en torno a la discriminación y sus modalidades, doctrina convertida en norma al ser vertida, además de en el reproducido art. 3.2 del Reglamento 1612/68, en el correspondiente art. 2 de las tres directivas citadas. Conforme lo dicho, existirá una discriminación directa en caso de que una persona haya sido tratada de manera menos favorable que otra que se encuentra en situación análoga por su nacionalidad; mientras que será indirecta si una disposición, criterio o práctica neutros en su apariencia generan una desventaja particular a determinadas personas por su nacionalidad.³² Con todo, el TJ añade una ulterior matización toda vez que las discriminaciones directas pueden manifestarse de forma abierta, lo que ocurre al establecer distintas condiciones de acceso al empleo para un extranjero; u ocultas, lo que estudia el asunto *Comisión de las Comunidades Europeas versus Reino de España* (2006)³³ sobre la falta de reconocimiento a efectos económicos por parte de España de los servicios prestados en la función pública de otro Estado miembro. Ahora bien, con el asunto *Roman Angonesi* (2001)³⁴ se ha recalado que, sea cual sea la modalidad de discriminación, está existe por motivos de nacionalidad aun cuando con ella no se favorezca a la totalidad de los trabajadores del Estado que la establezca o que perjudique sólo a los trabajadores de los demás Estados miembros, y no a los nacionales.

De la jurisprudencia analizada, se deduce que la exigencia de una determinada titulación académica o el conocimiento de un idioma en el acceso al empleo se utilizan para dar preferencia a los nacionales de un determinado Estado frente a los de otro. Procede, pues, aludir a ambas y a otras que, en menor medida, también producen un efecto similar.

³¹ En especial, los asuntos *Kalanke* (sentencia de 17 octubre 1995 [C-450/93]) y *Marschall* (sentencia de 11 noviembre 1997 [C-409/95]), que tratan la cuestión de la discriminación de la mujer, las medidas de acción positiva y el control de la consistente en un sistema automático de cupo en el acceso al empleo.

³² Sin embargo, es posible que tal disposición, criterio o práctica se pueda justificar objetivamente con un fin legítimo, como por ejemplo el limitar el acceso a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado a sus propios nacionales, tal y como lo sancionan algunas directivas entre ellas, véase el art. 3.4 de la 2000/78/CEE. Viene a colación la jurisprudencia relativa a la prohibición de acceso de las mujeres a ciertas unidades de combate de los ejércitos, debidamente justificada (asunto *Tanja Kreil*, sentencia de 26 octubre 1999 [C-285/98]); pero no a "todas" las unidades de combate, pues nada cabe obstar a que, por ejemplo, una mujer efectúe tareas cualificadas en el servicio de mantenimiento de armas de una de esas unidades de combate (asunto *Tanja Kreil II*, sentencia de 11 enero 2000 [C-285/98]).

³³ Sentencia de 23 febrero 2006 (C-205/04).

³⁴ Sentencia de 6 junio 2001 (C-281/98), apdo. 41.

A) DEL RECONOCIMIENTO DE TÍTULOS ACADÉMICOS CONCEDIDOS POR OTRO ESTADO

Condicionar el acceso o ejercicio de una determinada actividad - que pasa a denominarse "actividad profesional"³⁵ - a la posesión de un título³⁶ previsto en disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro constituye, en teoría, una excepción a la libre circulación de trabajadores asalariados o a la libre prestación de servicios, no en vano limita el acceso al mercado de trabajo del Estado miembro de acogida. Si la exigencia del título se justifica objetivamente para la consecución de un fin legítimo, ésta no vulnera la igualdad de trato por motivos de nacionalidad. No obstante, la práctica, como apunta el asunto *Beutenmüller* (2003),³⁷ arroja un resultado bien diferente por el uso del requisito de tal título para acceder a actividades no reguladas en el Estado de acogida o, estándolo, por el endurecimiento de los criterios para su reconocimiento en aras del fomento de un mercado de trabajo netamente nacional. Por ello, la incorrecta exigencia del título se presenta como una preclara manifestación de la discriminación por motivos de nacionalidad en el acceso al empleo, cuya prueba más palmaria se halla en las decisiones del TJ sobre el tema, que se pueden ordenar en tres etapas históricas diferentes.

Ante la falta de disposiciones de Derecho derivado sobre reconocimiento de títulos, el Tratado de la CE pasaba por ser la única norma de amparo para evitar el abuso del Estado de destino en la exigencia del título para el ejercicio o el acceso a una actividad en punto a que sancionaba la libre circulación de trabajadores asalariados y la no discriminación por motivos de nacionalidad. El citado asunto *Beutenmüller*, recordando el pasado más lejano, defendió la directa aplicación del Texto fundacional por cuanto la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios eran, y siguen siéndolo, plenamente operativas, aún sin desarrollo legal. Además, el art 10 del Tratado fuerza a los Estados a adoptar cuantas medidas generales y particulares sean apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que de él derivan, así como de abstenerse de todas las que puedan poner en peligro la realización de los fines que prevé. Por tales motivos, un Estado miembro no puede negar el acceso a una determinada profesión a un súbdito comunitario que no posee el título exacto expedido por dicho Estado.

No cabe duda que el aumento de la litigiosidad ante la falta de Derecho derivado específico y el deseo de hacer efectivo el derecho de establecimiento para la libre prestación de servicios sirvieron como acicates para que, entre los años 1975 a 1985, se iniciara una segunda etapa con la aprobación de directivas sectoriales específicas para determinadas actividades profesionales.³⁸ El sistema diseñado obligaba a, por una par-

³⁵ Vid. Directivas. .

³⁶ Sobre el concepto de título, *ibid.*, arts. 3.

³⁷ Sentencia de 16 septiembre 2003 (C-102/02).

³⁸ Se trata de: 1) Directiva 75/362/CEE, de 16 junio, sobre reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de médico, derogada por la Directiva 93/16/CEE, de 5 abril, destinada a facilitar la libre

te, coordinar y armonizar la formación y adquisición de conocimientos en los Estados miembros, y por otra, a regular el reconocimiento automático de los títulos.³⁹ En todo caso, el problema sólo se había resuelto parcialmente, razón por la que el Consejo Europeo, reunido en Fontainebleau los días 25 y 26 junio 1984, propuso el establecimiento de un sistema general de equivalencia de títulos que comprendiese a todos con exclusión de los que hubiesen sido objeto de una directiva específica.

Con tal precedente se inicia la tercera etapa protagonizada por la Directiva 89/48/CEE, de 21 diciembre, relativa a un sistema general de reconocimiento de títulos de enseñanza superior que sanciona formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, que ha sido modificada parcialmente por la Directiva 2001/19/CEE.⁴⁰ Se completa con la Directiva 92/51/CEE, de 18 junio, sobre un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que abarca los niveles de formación no afectos al sistema general inicial, es decir, a títulos de enseñanza postsecundaria y de enseñanza secundaria de corta o larga duración acompañados de una formación o ejercicio profesional, siempre que la duración de los estudios sea, en todo caso, inferior a tres años y superior a uno. Se apoya en la mutua confianza de los Estados miembros, pues no se arbitra un reconocimiento automático de títulos, sino lo que ha sido llamado "sistema de pasarelas" entre ambas directivas. Así, si los Estados de origen y de acogida exigen para el ejercicio de la profesión un título contemplado en la Directiva 89/48, el segundo debe reconocerlo, si bien puede reservarse ciertas medidas de compensación previstas en su art. 4. Lo mismo acontece si los títulos solicitados en

circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos; 2) Directiva 77/452/CEE, de 27 junio, sobre el reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de enfermero responsable de cuidados generales; 3) Directiva 78/686/CEE, de 25 julio, sobre el reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de odontólogos; 4) Directiva 78/1026/CEE, de 18 diciembre, sobre reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de veterinario; 5) Directiva 80/154/CEE, de 21 enero, sobre reconocimiento recíproco de diplomas, certificados y otros títulos de matrona; 6) Directiva 85/384/CEE, de 10 junio, para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos en el sector de la arquitectura; 7) y Directiva 85/432/CEE, de 16 septiembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas; y Directiva 85/433/CEE, de 16 septiembre, sobre el reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de farmacia. Recuérdese que estas directivas se encuentran afectadas por lo dispuesto en la Directiva 2001/19/CE, de 14 de mayo, que también afecta al sistema general de reconocimiento de títulos contemplado en las directivas 89/48 y 92/51; y que, además, ha sido objeto de transposición en nuestro país a través del Real Decreto 1171/2003, de 12 septiembre, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/19/CE del Parlamento y del Consejo, de 14 de mayo de 2001, por la que se modifican directivas sobre reconocimiento profesional y se modifican los correspondientes reales decretos de transposición.

³⁹ Con todo, los Estados miembros han intentado vulnerar la aplicación de las directivas sectoriales, y en su sustitución, el empleo de las directivas 89/48 o 92/51. Tal acontece en el asunto Burbaud (sentencia de 9 septiembre 2003 [C-285/01]) en donde las autoridades francesas se negaban a permitir que un titulado en medicina por otro Estado miembro actuase como director de un hospital público por no haber cursado la información impartida en la École nationale de la santé publique.

⁴⁰ La normativa española sobre reconocimiento de títulos se encuentra básicamente recogida en el Real Decreto 1171/2003.

dichos Estados encajan en la Directiva 92/51, reservándose el de acogida la aplicación de las medidas de compensación previstas en su art. 4. No cabría un resultado distinto del anterior en el caso de que el Estado de acogida reclamase un título de la Directiva 92/51 y el de origen de la Directiva 89/48, con la puntualización de que el reconocimiento sería automático, sin necesidad de reserva del derecho a adoptar medidas compensatorias. El problema resulta, por el contrario, de difícil solución al demandar el Estado de acogida un título conforme a la Directiva 89/48, mientras que el de origen a hacerlo de acuerdo con la Directiva 92/51. En el asunto Price (2006),⁴¹ se dejó constancia que la autoridad competente del Estado de acogida no podrá denegar a un nacional de otro Estado miembro el acceso a una profesión alegando insuficiencia de cualificación, si el solicitante está en posesión del título prescrito para ejercer esa profesión por el Estado del que es nacional o por otro Estado miembro. En tal supuesto, se aplicará la Directiva 92/51 para el reconocimiento del título y será preciso que el solicitante cumpla con la medida compensatoria del art. 4 consistente en acreditar una experiencia profesional determinada, habida cuenta que la duración de los estudios en que se basa la solicitud es inferior en, al menos, un año a la exigida por el Estado de acogida.⁴²

Pues bien, la discriminación por motivos de nacionalidad puede encontrar su origen en diversos tipos de prácticas "desleales" por parte de los Estados miembros. Tal sucede ante la demora, dolosa o no, en la transposición de las directivas 89/48 y 92/51, que obstaculiza, pero no impide, el reconocimiento de un título expedido por otro Estado miembro. El porqué se encuentra en una jurisprudencia europea con origen en el asunto Gratz (1970),⁴³ que propugna la eficacia directa de los actos de Derecho comunitario derivado distintos de los reglamentos, siempre que sean, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisos y, además, el Estado miembro no los haya adoptado en el plazo previsto o lo haya hecho de forma incorrecta. En otras palabras, la aplicación directa no procede de la eficacia material del contenido del acto, sino del objetivo de sancionar de forma solapada al Estado incumplidor.

En el mismo sentido cabe citar el uso desproporcionado de las medidas compensatorias—alguna ya mencionada— previstas en los arts. 4 de las dos directivas citadas para el reconocimiento de títulos, que pueden obstaculizar o impedir la libre circulación de trabajadores o la libre prestación de servicios. Esos preceptos disponen que el Estado miembro de acogida exigirá bien que se acredite una experiencia profesional determinada, si la duración de los estudios en que se basa la solicitud del trabajador es inferior en, al menos, un año a la exigida por dicho Estado de acogida; bien que efectúe un período de prácticas durante un máximo de tres años o que se someta a una prueba, para el caso de que la formación que haya recibido en el Estado de origen comprenda

⁴¹ Sentencia de 23 marzo 2006 (C-140/05).

⁴² Esta es la solución preconizada para el caso de que el Estado de acogida exigiese un título que encaja en la Directiva 92/51 y el de origen no tuviese regulada dicha formación, siempre que el solicitante tuviese la experiencia profesional adecuada (vid. asunto Price, apto. 8).

⁴³ Sentencia de 6 octubre 1970 (9/70).

materias sustancialmente diferentes de las cubiertas por el título del Estado de acogida o cuando el título del Estado de acogida habilite para una o más actividades profesionales que no existan en el Estado de origen y esta diferencia se caracterice por la necesidad de una formación específica en el Estado de acogida. Recuérdese que la opción entre el período de prácticas y la prueba corresponde al trabajador solicitante, sin perjuicio de los estudios de derecho en donde esa opción ha sido ejercitada por cada Estado miembro que, salvo Dinamarca, han elegido la prueba.⁴⁴ Es obvio que el art. 4 de las directivas autoriza la adopción de medidas que limitan el reconocimiento de títulos, pero esas medidas no serán discriminatorias, en teoría, si, utilizando palabras del TJ, están justificadas por razones imperiosas de interés general y son adecuadas y proporcionadas para alcanzar el objetivo que persiguen. Palabras, desde luego, tan vagas que han servido de coladera para que se procediese de oficio, por algún Estado miembro, al reconocimiento parcial de títulos como sustituto a la imposibilidad de denegar el acceso a la profesión en los términos expuestos en el asunto *Price* (2006). La reacción del citado TJ no se hizo esperar con el asunto *Colegio de Ingenieros, Caminos, Canales y Puestos y Administración del Estado*,⁴⁵ en donde acepta que los títulos expedidos por los diferentes Estados miembros no tienen por qué implicar una formación análoga al expedido por el Estado de acogida, ni tampoco tienen por qué habilitar para el ejercicio de las mismas actividades. Acepta, asimismo, que el reconocimiento parcial de títulos no se prohíbe expresamente en las directivas 89/48 y 92/51, pero estos argumentos no pueden servir de base para que el Estado de acogida limite el ejercicio de ciertas profesiones a los nacionales de otros Estados, lo que evidenciaría una vulneración de la libre circulación de trabajadores y de la libre prestación de servicios, y concluye, con razón, que sólo es de recibo la autorización parcial del título para el desarrollo de una o varias profesiones concretas si así es solicitado por el interesado, pese a que con ello se corra el riesgo de escindir en múltiples actividades las profesiones que, como un todo, son reguladas en un Estado miembro.

Hasta el propio TJ que, como se ha visto corrige las prácticas discriminatorias de los Estados miembros en el reconocimiento de títulos, al apreciar la mayor facilidad para homologar los títulos contemplados en la Directiva 92/51, ha secundado una doctrina restrictiva de la libre circulación de trabajadores y de la libre prestación de servicios que se conoce con el nombre "producto final" en expresión del reiterado asunto *Price* (2006). Significa esto que, en aquellas actividades en donde se exige una formación práctica y otra teórica, no se puede solicitar la homologación de la primera como si generase un título propio de los incluidos en la Directiva 92/51, sino que tal homologación lo será del "producto final", esto es, del que englobe los dos aspectos, teórico

y práctico, de la formación. De esta guisa, la Directiva a aplicar pudiera ser la 89/48, sin duda más compleja.

B) DE LA EXIGENCIA DEL CONOCIMIENTO DEL IDIOMA DEL ESTADO DE ACOGIDA

El que el conocimiento de la lengua del Estado de acogida limite el acceso al empleo no puede calificarse como discriminatorio por motivos de nacionalidad; se trata de un límite natural. A ello responde lo dispuesto en el art. 3.1, párrafo segundo del Reglamento 1612/68, según el cual "los conocimientos lingüísticos exigidos en razón de la naturaleza del empleo a cubrir" no persiguen la exclusión de los nacionales de un determinado país. De otro modo, la existencia de proporcionalidad y objetividad entre la exigencia de un idioma y la actividad a desarrollar no conduce *per se* y como regla general a una conducta discriminatoria. En buena lógica, se deberá sostener lo contrario si tal exigencia ni es proporcional, ni es objetiva, pues pasa a convertirse en el modelo de discriminación directa oculta por excelencia, como tiene lugar en las ofertas de trabajo en donde se demanda un conocimiento elevado de la lengua del país para el desempeño de trabajos manuales o de escasa cualificación profesional. En esta materia, conviene mencionar al asunto *Roman Angonese* (2006), en el cual el empresario sólo aceptaba como documento que acreditase el conocimiento del idioma alemán el expedido por la Administración de la provincia de Bolzano (Italia), de suerte que todo ciudadano de la Unión que hablase alemán, fuese o no italiano, quedaría excluido de la oferta de empleo de no presentar dicho documento, aun pudiendo demostrar con otros el conocimiento requerido. Lo que evidenciaba una clara discriminación por motivos de nacionalidad.

Como ejemplo de prácticas discriminatorias indirectas sobra con citar el asunto *David Petrie y otros* (1997),⁴⁶ en el que se estudio una norma de los Estatutos de la Universidad de Verona (Italia) que daba preferencia a los profesores titulares y a los investigadores reconocidos para impartir las clases de otros profesores que se encontraban de baja por diferentes motivos. Evidentemente, se exigía el correcto conocimiento del italiano, lo que no llama la atención pues era una exigencia objetiva y adecuada con relación a la actividad a desempeñar. En apariencia no existía, pues, práctica discriminatoria alguna, pero la circunstancia de que la legislación italiana, hasta fechas próximas a la de presentación del recurso, restringía la condición de profesor titular o de investigador reconocido a los nacionales de ese país, provocaba un efecto desfavorable para todos aquellos que no lo eran. De modo que, los profesores lectores extranjeros, pese a conocer el italiano y -aclarar el TJ- tener competencias didácticas y científicas similares a los investigadores reconocidos, no podían impartir la docencia descrita por su nacionalidad.

⁴⁴ Repárese en que con la aprobación de la Directiva 98/5/CEE, de 14 marzo, que facilita el ejercicio permanente de la abogacía, por cuenta propia o ajena, en el Estado miembro de acogida, se está exceptuando la aplicación de la Directiva 89/48.

⁴⁵ Sentencia de 19 enero 2006 (C-330/03).

⁴⁶ Sentencia de 20 noviembre 1997 (C-90/96).

C) OTRAS PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS POR MOTIVOS DE NACIONALIDAD

De acuerdo con lo expresado en otro punto de este trabajo, la exclusión de la Administración pública del ámbito de aplicación de la libre circulación (art. 39.4 del Tratado) únicamente surtirá tal efecto en los empleos que generen una relación particular de solidaridad con el Estado, así como reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de la nacionalidad. El resto de los empleos públicos se someten al imperio del derecho originario y derivado sobre libre circulación de trabajadores, razón por la cual padecen prácticas discriminatorias por motivos de nacionalidad. Tal sucede, desde luego, si se trata de disuadir a los nacionales de otros Estados de la UE de acceder a empleos públicos de un determinado Estado como se constata en el asunto *Comisión de las Comunidades Europeas versus República de Italia* (2005),⁴⁷ en el cual se conminó al Estado demandado a tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en otras Administraciones públicas, si para la provisión de vacantes de empleo público la convocatoria precisa que se valorará la experiencia en otras Administraciones; de una manera más sencilla, no se puede tomar en cuenta exclusivamente la experiencia profesional en las diferentes Administraciones del Estado que efectúa la convocatoria. Por su parte, el asunto *Comisión de las Comunidades Europeas versus Reino de España* (2006), empleando los mismos argumentos que en el caso anterior, obliga al demandado a reconocer la antigüedad y la experiencia profesional adquiridas por los ciudadanos comunitarios en la función pública de otro Estado miembros y a concederles los mismos derechos y ventajas en materia de clasificación y retribución que los atribuidos a los ciudadanos comunitarios que han adquirido una experiencia similar en la función pública española.

Diversamente, el principio de libre circulación se violenta por una práctica excesivamente protectora de los Estados miembros, esto es, si existen disposiciones que impiden o dificultan a un nacional el abandonar su país de origen, incluso aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados. Así aconteció en el asunto, ya citado, *Kranemann* (2005), que conoció de la práctica de un *lander* alemán por la que se compensaban los gastos ocasionados por las prácticas preparatorias de una persona si se efectuaban dentro del territorio nacional; en caso de que tuviesen lugar en otro país, lo que se permitía, el reembolso de dichos gastos abarca la partida del trayecto efectuada en territorio nacional.

Para concluir, el fomentar el intercambio de trabajadores entre dos o más Estados miembros implica un ataque directo al principio de libre circulación, toda vez que la parcela, es decir, la limita a y entre los Estados que han acordado ese intercambio. Los asuntos *Portugal versus Comisión* (2001)⁴⁸ y *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante*

Española (2003)⁴⁹ sirvió al TJ como cauce idóneo para destacar que el cumplimiento de las obligaciones del Derecho originario y derivado en esta materia por los Estados miembros no puede someterse a una condición de reciprocidad.

⁴⁷ Sentencia de 12 mayo 2005 (C-278-03). El precedente se encuentra en el asunto Scholz (sentencia de 23 febrero 1994 [C-419/92]).

⁴⁸ Sentencia de 29 marzo 2001 (C-163/99).

⁴⁹ Sentencia de 30 septiembre 2003 (C-405/01).