

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ*

SUMARIO: 1. LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: UNA MATERIA QUE APENAS CAMBIA EN LOS TRATADOS. 1.1. El TCEE y el TCE. 1.2. El TFUE.— 2. LOS ORÍGENES DE LA LIBRE CIRCULACIÓN. 2.1. Reglamento nº 15 del Consejo, de 16 de agosto de 1961, relativo a las primeras medidas para la realización de la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad, de 1961. 2.2. Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. 2.3. El Reglamento nº 38/64/CEE, del Consejo, de 25 de marzo de 1964, relativo a la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad. 2.4. Directiva 64/240/CEE del Consejo, de 25 de marzo de 1964, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de su familia en el interior de la Comunidad.—3. LA ETAPA DE CONSOLIDACIÓN. 3.1. Reglamento (CEE) nº 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. 3.2. Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad. 3.3. Reglamento (CEE) nº 1251/70, de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores por cuenta ajena a permanecer en un Estado miembro. 3.4. Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia. 3.5. Reglamento (CEE) nº 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992, por el que se modifica la segunda parte del Reglamento (CEE) nº 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. 3.6. Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.—4. LA REGULACIÓN ACTUAL. 4.1. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. 4.2. Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión. 4.3. Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores.

* Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela.

1. LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: UNA MATERIA QUE APENAS CAMBIA EN LOS TRATADOS

Es un lugar común que el derecho social comunitario nace como un instrumento necesario para la organización del mercado único europeo¹. Este derecho carecía, en sus orígenes, de un significado propio, para limitarse a «favorecer el mejor intercambio de personas y de mercancías entre los seis Estados nacionales que ratificaron los Tratados constitutivos de las tres Comunidades Europeas»². Con el objetivo de elaborar una estrategia común de empleo y mejorar el mercado de trabajo en Europa se articularon diferentes mecanismos jurídicos de entre los cuales la libre circulación de trabajadores asalariados constituye «la pieza o instrumento esencial y central»³. Desde esta posición de subordinación a los objetivos o fines esencialmente económicos de la organización comunitaria⁴, la libertad de circulación de trabajadores ha tratado de dar una «dimensión europea» al mercado de trabajo⁵.

Los arts. 48 TCEE, 39 TCE y 45 TFUE han ofrecido las reglas para determinar y desarrollar el contenido esencial de la libre circulación,

así como su contenido adicional o instrumental. Para el desarrollo de uno y otro se han empleado instrumentos normativos diversos. El contenido esencial, en cuanto requería de un tratamiento uniforme en todos los Estados que evitase las particularidades nacionales, fue desarrollado a través de reglamentos. Las directivas se reservaron para el desarrollo de los aspectos instrumentales, que no precisaban de un derecho único y por ello se abrieron a la intervención de los Estados miembros⁶. Esta es una materia en la que el derecho derivado ha podido ir ampliando las perspectivas y dulcificando las rigideces iniciales del tratado⁷.

Pasados los años, se ha visto cómo la libre circulación de trabajadores se ha integrado parcialmente en la ciudadanía europea. Así, uno de los más importantes derechos de todo ciudadano europeo es el de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, también con el fin, aunque no ya el único, de ejercer un empleo. Pero ello no ha impedido que la libre circulación de trabajadores conserve una entidad independiente sin perjuicio de que, en ocasiones, los derechos consustanciales a esta libertad coincidan o se solapen con los conferidos por la ciudadanía de la Unión⁸.

1.1. EL TCEE y el TCE

La primera manifestación relativa a la libre circulación de los trabajadores aparece recogida en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. En su Primera Parte, dedicada a los «Principios», el art. 2 TCEE

¹ Un análisis sobre el desequilibrio entre lo social y lo económico en la evolución de las Comunidades Europeas en J.M. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson-Reuters Aranzadi (Navarra, 2009), pp. 16 y ss.

² L.E. DE LA VILLA GIL, «Editorial», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 1997 ,2, p. 7

³ J. GÁRATE CASTRO, *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Editorial universitaria Ramón Areces, (Madrid, 2010), p. 7.

⁴ C. PALOMEQUE LÓPEZ, *La libre circulación de los trabajadores comunitarios*, Proyecto social: *Revista de Relaciones Laborales*, nº 1, 1993, p. 126.

⁵ DURÁN LÓPEZ, F., *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley (Madrid, 1986), p. 26: «La libertad, pues, está relacionada con el funcionamiento del mercado de trabajo, es una libertad relativa al entrecruzamiento de ofertas y demandas de trabajo; en definitiva, se trata de liberalizar las posibilidades de contratación laboral en el conjunto de los países comunitarios, dándole a la misma un ámbito comunitario».

⁶ J. GÁRATE CASTRO, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

⁷ DURÁN LÓPEZ, F., *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley (Madrid, 1986), p. 18.

⁸ Cfr. L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *Libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa*, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92, 2011, p. 259. La autora justifica este protagonismo de la libre circulación de trabajadores «entre otras cosas, por el estatus privilegiado que éstos mantienen respecto de cualquier otra persona que se desplace por razones no laborales o profesionales».

anunciaba los objetivos de la Comunidad, entre los que se encontraban: «un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los estados miembros». No obstante, estos objetivos habrían de alcanzarse mediante elementos puramente económicos, esto es: «el establecimiento de un mercado común y de una progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros». Entre los medios enumerados por el art. 3 TCEE para lograr tales fines, se incluyó «la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de las personas, servicios y capitales» (apartado c) y la creación de un Fondo Social Europeo, «con objeto de mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores y contribuir a la elevación de su nivel de vida» (apartado i)⁹. Por último, dentro de esta parte programática, el art. 7 TCEE prohibía toda discriminación por razón de nacionalidad¹⁰.

La segunda parte del Tratado («Fundamentos de la Comunidad») contiene los artículos dedicados a la libre circulación de trabajadores, que recogían la mayor parte de su contenido social. No es extraño si se advierte que el reconocimiento de la libre circulación de trabajadores deviene imprescindible para la instauración de una verdadera comunidad económica¹¹, constituyendo uno de

los ejes o pilares fundamentales de la Unión Europea¹². En sus preceptos se desarrollaba la afirmación general del art. 3 TCEE, con una redacción que iba a permanecer inalterada, salvo ajustes procedimentales, en los sucesivos años de vigencia del Tratado. Las reglas sobre libertad de establecimiento podían ser consideradas un terreno fronterizo, al regular la actuación transnacional de los trabajadores por cuenta propia, en aquel entonces muy alejados del Derecho del Trabajo. El Capítulo I, dedicado a los trabajadores, comenzaba asegurando la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad¹³, y la configuró, en su apartado segundo, como la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad en las materias de empleo, retribución y demás condiciones de trabajo. Este es, pues, el contenido esencial de la libre circulación de trabajadores en el ámbito comunitario. Junto a él, se reconocieron otros derechos instrumentales o complementarios: salir, entrar y desplazarse por el territorio de la Comunidad, así como residir en sus Esta-

perspectiva limitada funcionalmente a las personas que puedan pretender el ejercicio de actividades económicas, «no por ello deja de tener gran importancia para la progresiva construcción de una Comunidad Europea de miras más amplias». En el mismo sentido, F. PÉREZ DE LOS COBOS [*El Derecho Social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas (Madrid, 1994), p. 20], «el mercado común del trabajo europeo no resultaría de la homogeneización de las regulaciones sociales de los distintos países comunitarios, sino de la remoción de los obstáculos que impedían el desplazamiento internacional de mano de obra».

¹² Para J. GÁRATE CASTRO [*Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Editorial universitaria Ramón Areces (Madrid, 2010), p. 9], la importancia de esta libertad se comprende hoy «en el más amplio y ambicioso ámbito de la ciudadanía de la Unión», donde la tenencia de la ciudadanía europea «pasa a sustituir al desarrollo de una actividad como condición esencial a la que se subordina la libre circulación de personas».

¹³ Como indica L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (*op. cit.*, p. 260), aun cuando el art. 3 del Tratado de Roma consagraba como una de las libertades básicas comunitarias la libre circulación de personas, «lo cierto es que inmediatamente a continuación los preceptos incardinados bajo su capítulo I, los artículos 48 a 51 (...), se circunscribían en exclusiva a la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad».

⁹ A. MARTÍN VALVERDE [*El fondo social y la política de empleo en la Comunidad Europea*, La Ley (Bilbao, 1986), p. 9] destaca la importancia de ambos aspectos, la libre circulación de personas y el Fondo Social Europeo, que constituyen, junto con la seguridad social de los trabajadores migrantes, «el tríptico de instituciones básicas de lo que se conoce con el nombre de Derecho social europeo».

¹⁰ Cfr. J. MIRANDA BOTO (*op. cit.*, p.: «Todo ello ya estaba sugerido en el Informe Spaak, principalmente en su Título III, donde el mercado común y lo social aparecían estrechamente vinculados».

¹¹ Como señala F. DURÁN LÓPEZ [*Libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley (Madrid, 1986), pp. 15 y ss.], se trata de una libertad de imprescindible reconocimiento para la instauración de una verdadera comunidad económica que, si bien se consagra a las exigencias del mercado común y se sitúa en una

dos miembros, e incluso permanecer en ellos tras haber perdido el empleo.

El contenido material de la competencia comunitaria sobre libre circulación apareció delimitado en los arts. 39 a 42 TCE (arts. 48 a 51 TCEE), donde se expusieron los componentes esenciales de esta libertad fundamental. Su núcleo se reguló en el art. 39.2 TCE (art. 48.2 TCEE), donde se proclamó «la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo»¹⁴. El apartado 3 del mismo artículo recogió las denominadas libertades instrumentales, que no forman parte propiamente de la libre circulación pero la hacen factible¹⁵: los derechos a responder a ofertas efectivas de trabajo, el derecho de libre desplazamiento, el derecho de libre residencia y el derecho a mantener la residencia tras haber desempeñado un empleo, a los que el Derecho derivado añadió tempranamente el derecho a hacerse acompañar por la propia familia¹⁶. El art. 40 TCE (art. 49 TCEE), por el contrario, recogió obligaciones de los Estados, de carácter más administrativo que personal, orientadas a la colaboración, la eliminación de trámites y plazos, etc.

El art. 40 TCE (art. 48.4 TCEE) prohibió la aplicación de las disposiciones sobre libre circulación a «los empleos en la administración pública» y así lo ha hecho desde la primera redacción del Tratado. Este límite

¹⁴ Cfr. G. MOLINER TAMBORERO, *La libertad de circulación de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia*, Rteb, 1992, nº 18, p. 32: «El contenido fundamental del derecho a la libre circulación no es precisamente el de poder trasladarse un nacional de un Estado a otro distinto, como de la simple traducción del concepto podría deducirse, sino que el contenido sustancial del mismo radica precisamente en la no discriminación de los que se trasladan con el objeto de desarrollar en otro Estado una actividad económica, aunque indudablemente ello presuma el derecho a efectuar el desplazamiento previo».

¹⁵ Cfr. J.M. MIRANDA BOTO, *op. cit.*, p. 160.

¹⁶ Ya en la Directiva del Consejo de 16 de agosto de 1961, la primera sobre libre circulación, que acompañó al Reglamento nº 15.

responde a una clara postura de los Estados fundadores, que se reservan así la potestad de organizar libremente su personal, sin intervención comunitaria programada¹⁷. El otro límite a la libertad de circulación de trabajadores sólo podía partir de razones de orden, seguridad y salud públicas (art. 39.3 TCE o art. 48.3 TCEE).

El art. 41 TCE (art. 50 TCEE) se dedicó exclusivamente al intercambio de trabajadores jóvenes, con aspecto de declaración de intenciones, mientras que, por su parte, el art. 42 TCE (art. 51 TCEE) se configuró como la base sobre la que se construirían los sistemas de articulación de los regímenes nacionales de Seguridad social. De este modo, en materia de Seguridad Social, el Consejo habría de garantizar a los trabajadores migrantes la acumulación de los períodos de cotización en todos los Estados [arts. 42.a) TCE y 51 a) TCEE] y el pago de las prestaciones a los residentes en los Estados miembros [arts. 42.b) TCE y 51 b) TCEE].

Además se incorporaron mandatos al Consejo y a los Estados Miembros para alcanzar este fin de la libre circulación de trabajadores. De este modo, el Consejo habría de adoptar, a través de reglamentos o de directivas, las medidas que fueran necesarias para la efectividad de la libre circulación de trabajadores asegurando la colaboración entre las administraciones nacionales de trabajo, la remoción de procedimientos, prácticas administrativas, plazos u otras restricciones que pudieran obstaculizar la libre circulación, y poniendo en relación las ofertas y demandas de empleo en todos los Estados miembros (arts. 40 TCE y 49 TCEE).

Tras su reconocimiento en este art. 48 TCEE, la libre circulación de trabajadores fue objeto de un amplio y veloz desarrollo que

¹⁷ Sobre esta cuestión, véase J.M. MIRANDA BOTO, *op. cit.*, p. 161: «se han manejado diversas interpretaciones para esta exclusión, pero no debe pasarse por alto el motivo de naturaleza económica presente: las actividades excluidas están fuera del mercado, ya sea interior o nacional».

permitió su puesta en práctica antes de finalizar el período transitorio previsto para ello¹⁸. No obstante, las sucesivas actas de adhesión han incluido períodos transitorios de restricción de la libre circulación de los ciudadanos de los Estados miembros. Así, los ciudadanos españoles se vieron sometidos a un plazo de espera de siete años, el más largo de todos los fijados para los distintos Estados¹⁹.

1.2. El TFUE

Prácticamente inalterada permaneció esta redacción en cuanto al reconocimiento de la libre circulación de trabajadores en el TFUE, vigente en la actualidad desde diciembre de 2009.

Aun cuando el derecho a la libre circulación de trabajadores se desarrolla en los arts. 45 a 48 TFUE (Capítulo I del Título IV de la Tercera Parte del TFUE, denominado «Trabajadores»), es posible encontrar referencias aplicables en otros preceptos, como su art. 9 o 18. El primero, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, ordena que la Unión tenga en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana. A su vez, el art. 15.2 TFUE reconoce a todo ciudadano de la Unión «la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado Miembro».

El art. 18, ubicado en la Segunda parte («No discriminación y ciudadanía de la Unión») prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad entre los Estados miembros. No obstante, este aspecto de la libre circulación ya no se restringe, como así lo hicieron el TCE y TCEE, a los trabajadores. El TFUE reconoce ya la creación de una ciudadanía de la Unión «a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro» (art. 20.1 TFUE). Ello ocasiona que todo ciudadano pueda disfrutar, en calidad de tal y con independencia de su condición de trabajador, del «derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros» [art. 20.2.a) TFUE].

Al margen del derecho a la libre circulación que otorga la condición de ciudadano de la Unión, continúa reconociéndose expresa y específicamente la libre circulación de trabajadores, que tras la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea quedó elevado a la altura de derecho fundamental. Esta se desarrolla en la tercera parte del Tratado, en concreto en su Título IV, que ahora, junto a la libre circulación de servicios y capitales, se dedica también a la de «personas» y no ya a la de trabajadores como en los anteriores Tratados²⁰. La referencia a los trabajadores aparece en su Capítulo 1, denominado precisamente «Trabajadores», y compuesto por los arts. 45 a 48 TFUE. Como ya se ha dicho, la redacción de estos preceptos es muy similar a la que ofrecía el TCE y el TCEE. El art. 45 asegura la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (apartado 1). De nuevo esta libertad se define, como hasta ahora, en su sentido negativo, como «la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo», y positivo. Desde esta vertiente, la libertad comprende los derechos de responder a ofertas efectivas de trabajo,

¹⁸ J. GÁRATE CASTRO, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹ Diario Oficial nº L 302 de 15/11/1985 p. 0035. Documentos relativos a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a las Comunidades Europeas, Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados, Cuarta parte: Medidas transitorias, Título II: Medidas transitorias relativas a España, Capítulo 2: Libre circulación de personas, servicios y capitales, Sección I: Trabajadores. Art. 56.

²⁰ Sobre el tránsito de la libre circulación de trabajadores a la libre circulación de personas, véase L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *op. cit.* pp. 262 y ss.

de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros, de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; y de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (art. 45.3).

Asimismo, los trabajadores jóvenes tienen un lugar expreso en este objetivo, pues el art. 47 ordena a los Estados miembros el establecimiento de un programa común para garantizar el intercambio de trabajadores jóvenes.

Los arts. 46 y 48 ordenan al Parlamento Europeo y al Consejo la adopción, a través de las correspondientes Reglamentos y directivas, de las medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores, «creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes» la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; y el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

2. LOS ORÍGENES DE LA LIBRE CIRCULACIÓN

2.1. Reglamento n° 15 del Consejo, de 16 de agosto de 1961, relativo a las primeras medidas para la realización de la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad, de 1961

Cuatro años después de la firma del Tratado de Roma, la puesta en marcha de los aspectos esenciales de la libre circulación de trabajadores comenzó con el Reglamen-

to n° 15 del Consejo, relativo a las primeras medidas para la realización de la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad, de 1961. Este Reglamento, al amparo particularmente de los arts. 48 y 49 TCEE, manifestaba su deseo de eliminar los retrasos y otras restricciones que obstaculizaban la libertad de movimiento de los trabajadores. No obstante, como el propio Reglamento indicaba, se habría de tomar en consideración la prioridad del mercado nacional de empleo. Esto queda de manifiesto en su artículo primero, que subordina el derecho de los ciudadanos de los Estados miembros a ocupar un empleo remunerado en el territorio de otro Estado miembro, a que ningún trabajador nacional apropiado para dicho empleo estuviera disponible en el plazo de tres semanas, salvo que mediase oferta nominativa de empleo.

El Reglamento n° 15 se compone de un total de 52 artículos, divididos en cuatro partes. La primera de ellas es la que recoge los principales derechos en materia de libre circulación de trabajadores, entre los que destaca en su art. 8 el derecho a la igualdad de trato. La doble óptica, negativa y positiva, desde la que se contempló este derecho habría de permanecer inalterada en las sucesivas normas posteriores. Así, el derecho a la igualdad de trato implicaba tanto el de no ser tratado desfavorablemente por razón de nacionalidad, como el de beneficiarse del mismo trato que los trabajadores nacionales en todas las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de remuneración y de despido. Por ello se declararon nulas de pleno derecho las cláusulas individuales y colectivas que no respetasen la igualdad en materia de remuneración y otras condiciones de trabajo (art. 8.3).

A su vez, su apartado segundo del mismo art. 8 regulaba específicamente la igualdad de trato en materia de afiliación a las organizaciones sindicales y al derecho de voto en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Su apartado tercero declaraba nulas de pleno derecho las cláusulas

de los convenios colectivos y de los contratos individuales que no respetasen la igualdad en materia de remuneración y otras condiciones de trabajo.

Las dos partes siguientes del Reglamento presentaron un carácter más técnico. Se ocupan de la creación de determinados órganos especializados (en concreto, la Oficina europea de coordinación, el Comité técnico y el Comité consultivo) con el fin de asumir tareas de «puesta en contacto y de la compensación de ofertas y demandas de empleo» (arts. 16 a 27) y «de asegurar una colaboración estrecha entre los Estados miembros en materia de libre circulación y de empleo de los trabajadores» (arts. 28 a 41). Estos preceptos se ocupan de cuestiones tales como el papel de los servicios de empleo de los Estados miembros y de la comisión, o de las medidas complementarias, en cuestiones como la formación profesional (art. 27). A través de ellos se trata de conseguir la mayor efectividad en la puesta en contacto de ofertas y demandas de empleo que puedan ser cubiertas a través de la libre circulación de trabajadores.

Por la naturaleza y finalidad de estos órganos, su regulación resulta incompatible con las intervenciones de cada una de las legislaciones nacionales²¹. De ahí que esta materia se regulase a través de Reglamento y que hayan sido otros reglamentos posteriores (Reglamento 38/64/CEE y Reglamento (CEE) n° 612/68) los que han mantenido su contenido.

2.2. Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública

Si el Reglamento n° 15 reconocía los derechos propios de la libre circulación de trabajadores, esta Directiva recuerda que dichos derechos pueden ser limitados por razones de orden público, seguridad y salud pública. En consecuencia, esta norma se promulga tanto al amparo de las primeras medidas para la realización de la libre circulación de trabajadores contempladas por el Reglamento n° 15, como de los procedimientos y prácticas administrativas relativas a la admisión, empleo y estancia de los trabajadores de un Estado miembro así como de sus familias en otros Estados miembros, que regulaba la Directiva del Consejo de 16 de agosto de 1961.

En ella se buscaba la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que preveían un régimen especial para los extranjeros justificado en razones de orden público, seguridad y salud pública. Así se establecieron «medidas especiales» que afectaron «a la entrada en el territorio, a la concesión o renovación del permiso de residencia o al abandono del territorio» (art. 2.1) adoptadas por los Estados miembros a los nacionales que se desplazasen dentro de la Comunidad con la finalidad de ejercer tanto una actividad asalariada o una prestación de servicios, así como a sus familias. Con ella se buscó una aproximación de los procedimientos empleados por cada uno de los Estados miembros para hacer valer estas excepciones, siempre bajo la perspectiva de abrir, en cada uno de estos Estados, «posibilidades suficientes de recurso contra los actos administrativos en esta materia, a los nacionales de los demás Estados miembros» (Preámbulo). Respecto de las condiciones de salud pública, la propia Directiva rechaza, por poco práctica, la posibilidad de realizar un listado que enumerase cada una de las enfermedades e incapacidades que pudieran poner en peligro la salud pública, el orden público y la seguridad pública y mostró su preferencia por reunir las en grupos de enfermedades que pueden poner en peligro la salud pública (Anexo, A: enfermedades de cuarentena, tuberculosis, sífilis u otras enfermedades infecciosas o parasitarias

²¹ Cfr. J. GÁRATE CASTRO, *op. cit.* pp. 18 y 19.

contagiosas) o el orden público o la seguridad pública (Anexo, B: toxicomanía, enfermedades psíquicas graves, estados manifiestos de perturbación psicopática con agitación, de delirium, de alucinaciones o de psicosis de confusión). A dicho listado se le reconoció carácter taxativo, pues sólo estas «pueden justificar la denegación de la entrada en el territorio o de la concesión del primer permiso de estancia» (art. 4.1). As su vez, se asegura el derecho de los afectados a los pertinentes recursos administrativos y judiciales (arts. 8 y 9).

Es destacable la prudencia con la que la Directiva regula estas cuestiones, tratando de garantizar que no constituyan una puerta abierta a la obstaculización de la libre circulación de trabajadores. Por ello, se contempló expresamente, como límites claros a las razones de orden, seguridad y salud pública, que estas nunca podrían aplicarse amparándose en fines exclusivamente económicos (art. 2.2); por previa existencia de condenas penales (art. 3.2), o por la sola caducidad del documento de identidad del nacional de otro Estado miembro (art. 3.3).

2.3. El Reglamento n° 38/64/CEE, del Consejo, de 25 de marzo de 1964, relativo a la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad

Tres años después de la aprobación del Reglamento n° 15 y al amparo de sus arts. 46 a 52, el Consejo elaboró un nuevo Reglamento con el fin de alcanzar, en una segunda etapa, los objetivos fijados por los arts. 48 y 49 del TCEE. A diferencia del Reglamento n° 15, el Reglamento n° 38/64/CEE ya no subordina la libre circulación a la situación prioritaria del mercado nacional de trabajo, sino que se abre al mercado europeo de trabajo. Además, este Reglamento abrió la segunda fase de implantación progresiva de la libre circulación de trabajadores, iniciada por el Reglamento n° 15.

Su estructura se divide en cuatro partes, dedicadas sucesivamente a los trabajadores y su familia (arts. 1 a 23), a la puesta en contacto y la compensación entre las ofertas y demandas de empleo (arts. 24 a 38), a los organismos encargados de asegurar una estrecha colaboración entre los Estados miembros en materia de libre circulación y de empleo de los trabajadores (arts. 39 a 52) y a las disposiciones finales (arts. 53 a 60).

Por vez primera, en este Reglamento aparecen reguladas cuestiones como el derecho de los trabajadores que estén ocupando un empleo en otro Estado miembro, a aceptar nuevas ofertas de empleo (art. 1, párrafo 2º), el trabajo fronterizo (art. 3), las ofertas nominativas de empleo (art. 5), el acceso a la vivienda (art. 10), a la enseñanza en escuelas profesionales (art. 12), los trabajadores de temporada (art. 14), el derecho de reunificación familiar (art. 17) o los permisos de trabajo (arts. 22 y 23).

En aplicación del art. 3 de este Reglamento, se promulgó posteriormente el *Reglamento n° 117/65/CEE, de la Comisión, de 16 de julio de 1965*, en el que se publicó el listado de los municipios correspondientes a las zonas fronterizas comunes entre Francia y los Estados miembros que la rodean (Bélgica, Luxemburgo, Alemania, Italia y Alemania).

Este Reglamento fue posteriormente modificado por el Reglamento n° 95/66/CEE de la Comisión, del 5 de mayo de 1966, exclusivamente para añadir en la lista a dos municipios alemanes inicialmente no incluidos en ella.

2.4. Directiva 64/240/CEE del Consejo, de 25 de marzo de 1964, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de su familia en el interior de la Comunidad

Esta Directiva ordenó a los Estados miembros que suprimiesen las restricciones a los desplazamientos y estancia de los trabajadores de un Estado miembro que desearan ejercer su actividad en otro Estado miembro, así como a sus familias (art. 1). Para poder salir y entrar en dichos Estados, la Directiva estableció la única obligación de presentar un documento de identidad o un pasaporte válido, sin que los Estados puedan imponer otro tipo de documentación de salida ni obligación equivalente (art. 2).

Asimismo, también se estableció, el título de estancia («titre de séjour») como requisito para los trabajadores procedentes de otro Estado miembro (art. 4), los requisitos para su validez, así como los trabajadores que quedan dispensados de dicho requisito (arts. 5 y ss.).

Con esta Directiva se dio un paso más. La libre circulación de trabajadores ya no se limitó a garantizar que un trabajador no fuese discriminado en otro Estado miembro, sino también se le permitió desplazarse de un Estado a otro sin barreras que dificultasen su actividad. Por otra parte, el trabajador ya había dejado de ser el único foco de atención y se tomó conciencia de la importancia de su familia como un aspecto esencial para la efectividad de la libre circulación.

Posteriormente esta Directiva fue completada por la Directiva 68/360/CEE de 15 de octubre de 1968.

3. LA ETAPA DE CONSOLIDACIÓN

3.1. Reglamento (CEE) n° 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad

Este reglamento abre la tercera y última fase de la puesta en práctica de la libre circulación de trabajadores en la Comunidad euro-

pea²². Tras calificar la libre circulación de trabajadores como «un derecho fundamental para los trabajadores y su familia», el Reglamento aborda, a lo largo de sus cuatro partes diferenciadas, cuestiones ya clásicas como el derecho a ejercer una actividad por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro (art. 1); el derecho de trabajadores y empresarios a intercambiar demandas y ofertas de empleo o a formalizar contratos de trabajo (art. 2). La igualdad de trato y no discriminación en el empleo se concreta ahora en materia de retribución, despido, reintegración profesional o nuevo empleo, además del beneficio de las mismas ventajas sociales (art. 7); también se reconoce la igualdad de trato en el ejercicio de los derechos sindicales, incluidos los de afiliación y voto, y el de elegibilidad en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa (art. 8). A su vez, el Reglamento indica que todas sus disposiciones constituyen mínimos, superables por derechos más amplios concedidos por los Estados miembros.

Además de reconocer estos derechos a los trabajadores, el Título II de esta primera parte, se ocupa de los derechos correspondientes sus familias²³. Entre estos derechos se encuentra el del cónyuge y el de los hijos del trabajador nacional de un Estado miembro empleado en otro Estado miembro a instalarse con él y ejercer una actividad profesional, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, aunque carezcan de la nacionalidad de ese Estado miembro (art. 11). También se reconoce el derecho de formación, traducido en el acceso a cursos de enseñanza general, formación profesional y aprendizaje en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado (art. 12).

Los restantes artículos, de carácter más técnico, se ocupan «de la puesta en relación y de la compensación de las ofertas y deman-

²² Cfr. J. GÁRATE CASTRO, *op. cit.*, p. 18.

²³ Para J. GÁRATE CASTRO (*op. cit.*, p. 21), aunque este derecho no figuraba inicialmente entre el contenido de la libre circulación de trabajadores, su inclusión permitió adoptar «una concepción menos económica y más social» de la libre circulación de trabajadores.

das de empleo» (segunda parte), «de los organismos encargados de asegurar una estrecha colaboración entre los Estados miembros en materia de libre circulación y de empleo de los trabajadores» (tercera parte) y de las disposiciones transitorias y finales (cuarta parte).

El Reglamento 1612/68 contiene un genérico desarrollo del art. 48 TCEE, al garantizar para todos los trabajadores de los Estados miembros el acceso al empleo en cualquiera de los demás Estados miembros en las mismas condiciones que los nacionales de estos, sin que puedan producirse discriminaciones ni exigirse condiciones que directa o indirectamente las provoquen. Tampoco caben formalidades que dificulten o impidan el empleo de los ciudadanos comunitarios, teniendo los ciudadanos de otros Estados miembros la condición de trabajadores nacionales en relación con las normas que impongan un determinado porcentaje de estos o que subordinen a la nacionalidad el disfrute de determinados beneficios. La igualdad de las condiciones de trabajo se extiende a aspectos no directamente relacionados con la prestación de trabajo, como sucede con los beneficios sociales y fiscales (art. 7.2), no sólo en relación con la normativa legal y reglamentaria, sino afectando también a las disposiciones de convenios colectivos y contratos individuales. La igualdad de trato se aplica a la participación en actividades sindicales y a las ventajas en el acceso a la vivienda y alojamiento.

A través del *Reglamento (CEE) n° 312/76, del Consejo, de 9 de febrero de 1976*, se modificaron las disposiciones relativas a los derechos sindicales de los trabajadores que figuraban en el Reglamento n° 1612/68, para incluir entre los derechos de estos el acceso a los puestos de administración o de dirección de una organización sindical.

3.2. Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia

de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad

Esta Directiva trató de suprimir las restricciones que aun existían en materia de desplazamiento y estancia de los trabajadores y de sus familias dentro de la Comunidad, de acuerdo con las normas por las que, conforme al Reglamento n° 1612/1968 habría de regirse la libre circulación de los trabajadores, que requiere la mayor aproximación posible entre los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias a los derechos de los trabajadores nacionales.

A tal fin, se ordenó a los Estados que facilitasen a sus nacionales el derecho a abandonar su territorio con la sola presentación de la tarjeta de identificación o pasaporte válido (art. 2.1), sin posibilidad de imponerles un visado de salida u otras obligaciones equivalentes (art. 2.4). En contrapartida, los Estados miembros habrían de admitir en su territorio a los trabajadores desplazados de otros Estados miembros y a sus familias «mediante la simple presentación de una tarjeta de identidad o de un pasaporte válido», sin ningún visado de entrada o requisito equivalente «salvo a los miembros de la familia que no posean la nacionalidad de un Estado miembro», a quienes en todo caso los Estados habrían de facilitar la obtención de los visados que necesiten (art. 3).

En términos similares, el derecho de estancia habría de ser facilitado también por los Estados miembros, y se ordena su acreditación a través de la «tarjeta de estancia de nacional de un Estado miembro de la CEE» (art. 4), para cuya expedición no se podrán requerir más los documentos que los precisados en la Directiva. Los arts. 5 a 8 regulaban las formalidades y requisitos de la tarjeta de estancia, así como el contenido de este derecho de estancia en el caso de que el trabajador beneficiario no disfrutase de la tarjeta.

3.3. Reglamento (CEE) n° 1251/70, de la Comisión, de 29 de junio



de 1970, relativo al derecho de los trabajadores por cuenta ajena a permanecer en un Estado miembro

El Reglamento era aplicable a los ciudadanos de un Estado miembro que habían estado ocupados como trabajadores por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro, así como a su familia y deseasen permanecer en él una vez finalizada su actividad laboral. En tales circunstancias, este Reglamento concedía derecho a residir con carácter permanente en el territorio de un Estado miembro a los trabajadores que cumpliesen alguno de los siguientes requisitos, cuyos plazos podían flexibilizarse en circunstancias especiales: los trabajadores que hubieran alcanzado la edad prevista para hacer valer sus derechos a una pensión de vejez; los que hubieran ocupado en dicho Estado miembro un empleo durante al menos los doce últimos meses y hubieran residido en él de manera continua durante los tres últimos años o más; los que hubieran dejado de ocupar un empleo por cuenta ajena a raíz de una incapacidad laboral permanente y residiesen en dicho Estado desde hace más de dos años; o bien los que, después de tres años de empleo y de residencia continuos en el territorio de un Estado, ocupasen un empleo por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro, conservando al mismo tiempo su residencia en el territorio del primer Estado miembro, al que regresan, en principio, cada día o, al menos, una vez por semana.

En línea con normas anteriores, que reconocieron la importancia de que la familia del trabajador tuviera garantizado el derecho de libre circulación, también se reconocía el derecho de permanencia indefinida a los miembros de la familia del trabajador, aun, bajo ciertas condiciones, en el caso de fallecimiento de este durante el transcurso de su vida profesional.

El Reglamento no exigía ninguna formalidad para el ejercicio del derecho de estancia permanente. Al efecto, sólo se requería que el

beneficiario del derecho lo ejerciese en un plazo de dos años contados a partir del momento en que lo hubiese adquirido. Ello le daría el derecho a obtener una tarjeta de residencia cuya validez habría de ser de, al menos, cinco años y cuyo coste no podía sobrepasar el de los carnés de identidad de los nacionales. Las estancias interrumpidas por períodos que no superasen seis meses consecutivos no afectaban a la validez de la tarjeta de residencia.

Este Reglamento se amplió, a través de la *Directiva del Consejo de 18 de mayo de 1972*, a los trabajadores que permaneciesen en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, tanto si se trata de trabajadores nacionales de los Estados miembros, como los miembros de su familia, beneficiados por el derecho de permanencia. Sus disposiciones permanecieron en vigor hasta su derogación formal por el art. 1 del Reglamento (CE) n° 635/2006 de la Comisión, de 25 de abril de 2006.

3.4. Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia

Ante la inminente implantación en 1992 de un mercado interior, concebido como «un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada», se impuso la necesidad de armonizar las disposiciones nacionales relativas a los derechos de residencia de los nacionales de los Estados miembros en otros Estados miembros distintos. Así, además de las condiciones ya reconocidas en normas anteriores, esta Directiva 90/364/CEE extendió el derecho de residencia a los nacionales de los Estados miembros que no poseyesen este derecho conforme a otras normas de Derecho comunitario. Para ello, la Directiva requirió que los solicitantes de residencia y los miembros de su familia tuviesen un seguro de enfermedad que cubriese todos sus riesgos en el Estado miembro de acogida, y que acreditaran recursos suficientes con los

que evitar ser una carga para la asistencia social del Estado de acogida (art. 1). Con el reiterado fin de simplificar las labores burocráticas que pudiesen obstaculizar la libre circulación, la residencia se materializó mediante el ya conocido como «permiso de residencia de nacional de un Estado miembro de la CEE».

El mismo día 28 de junio de 1990 se aprobó la *Directiva 90/365/CEE, del Consejo, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional*. En ella se extiende el derecho de residencia a los trabajadores por cuenta ajena o autónomos que «disfruten de una pensión de invalidez, de jubilación anticipada o de vejez, o de un subsidio por accidente de trabajo o enfermedad profesional de nivel suficiente para que, durante su estancia, no lleguen a constituir una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, y dispongan de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida» (art. 1.1).

3.5. Reglamento (CEE) n° 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992, por el que se modifica la segunda parte del Reglamento (CEE) n° 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad

Este Reglamento modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 con el fin de alcanzar «la mayor transparencia posible del mercado de trabajo comunitario, en particular para determinar las ofertas y demandas de empleo que se vayan a someter a la compensación comunitaria». Con este objetivo, sus dos artículos modifican aspectos puntuales del anterior Reglamento, de carácter eminentemente técnico, relativos a la actuación de los organismos nacionales de empleo y al intercambio de información con los de otros Estados y con la Oficina europea de coordinación.

3.6. Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes

Como un paso más hacia el objetivo de un mercado comunitario sin fronteras interiores, esta Directiva tuvo por objetivo abolir la discriminación en el acceso a la formación profesional. Para ello, como preveía en su momento el Tratado de Roma, facilitó el derecho de residencia de los estudiantes y garantizó su acceso a la formación profesional sin discriminaciones por razón de nacionalidad.

Esta Directiva sustituye a la anterior Directiva 90/366/CEE, de 28 de junio, relativa al derecho de residencia de los estudiantes. A través de seis breves artículos, la Directiva 93/96/CEE reconoció el derecho de residencia a todos los estudiantes nacionales de un Estado miembro que hubieran sido admitidos para seguir una formación profesional en otro Estado miembro. Las condiciones para ello, aparte de que dicho estudiante no dispusiese ya del derecho de residencia conforme a otra disposición de Derecho comunitario, requerían que el estudiante garantizase a la autoridad nacional correspondiente que dispone de recursos para evitar convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro durante su período de residencia; así como que estuviese matriculado en un centro de enseñanza reconocido para recibir una formación profesional; y, en fin, que dispusiese de un seguro de enfermedad que cubriese todos sus riesgos en el Estado miembro de acogida.

Cumplidos tales requisitos, el estudiante recibiría el denominado «permiso de residencia de nacionales de Estados miembros de la CEE» por el tiempo que durase su formación. No obstante, el permiso tendría una duración máxima de un año, renovable en el supuesto de que la formación durase más.

4. LA REGULACIÓN ACTUAL

4.1. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE

Esta Directiva reúne en un único texto el complejo corpus legislativo vigente en materia de derecho de entrada y residencia de los ciudadanos de la UE. Hasta la fecha de su entrada en vigor, este ámbito estaba regulado por dos reglamentos y nueve directivas. En consecuencia, esta Directiva no sólo eliminó la dispersión normativa de esta materia, sino también simplificó los trámites para el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la UE y de sus familias²⁴.

En relación con la familia del trabajador, la Directiva 2004/38/CE derogó el art. 10 del Reglamento (CEE) n° 1612/1968, que relacionaba quiénes habrían de considerarse como familiares del trabajador a efectos de desplazarse, instalarse y permanecer con él en otro Estado miembro. La Directiva 2004/38/CE amplió la restringida concepción de familiares del Reglamento para incluir, además del cónyuge, a su pareja registrada, así como a los ascendientes y descendientes directos, no sólo del trabajador, sino también de su cónyuge o pareja, e incluso a otros que convivan con el trabajador en el país de destino y éste deba hacerse cargo de su cuidado. Los miembros de

la familia del trabajador podrán salir y entrar en el territorio de otro Estado miembro en las mismas condiciones que el propio trabajador. Sin embargo, cuando la nacionalidad de estos familiares perteneciese a un tercer Estado, el Estado de acogida podrá exigirles un visado de entrada (art. 5.2) si bien, al tiempo, habrá de proporcionarles todo tipo de facilidades para su obtención.

A cambio del único requisito de estar en posesión del documento de identidad o pasaporte válidos, la Directiva 2004/38/CE concede al trabajador y a los miembros de su familia el derecho de residencia por un período máximo de tres meses (art. 6). Cumplido este período, el trabajador migrante habrá de acreditar recursos suficientes y cobertura sanitaria para sí y para su familia si quiere continuar residiendo (art. 7.1). Salvo por razones justificadas de orden público, la Directiva impide que se pueda acordar una orden de expulsión contra los trabajadores migrantes que mantengan la condición de trabajador o contra quienes, habiendo accedido al Estado miembro para buscar un empleo, puedan acreditar que continúan buscándolo y tienen posibilidades reales de ser contratados (art. 14.4).

La Directiva permite sancionar, aunque no con la expulsión, al trabajador que no presente para su registro ante las autoridades del correspondiente Estado miembro un documento de identidad o pasaporte válidos, un certificado de empleo o declaración del empresario indicando la duración del contrato; o la «tarjeta de residencia familiar de un ciudadano de la Unión» en el caso de familiares que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro (arts. 9 y 10).

El art. 17 de la Directiva 2004/38/CE refunde y actualiza las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1251/70 y de la Directiva 75/34/CEE, de 17 de diciembre. Tras haber reconocido en su art. 16 el derecho de residencia permanente de todos los ciudadanos de la Unión y de sus familias en el Estado de acogida cuando hubieran residido legalmente en él durante un período continuado de cinco

²⁴ La Directiva parte de la idea de que la ciudadanía de la Unión confiere a todo ciudadano comunitario «un derecho primero e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros» con las limitaciones y condiciones previstas en el TFUE y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. Sobre esta cuestión, véase L. DANS ÁLVAREZ DE SOTO-MAYOR, *op. cit.*, p. 264.

años, el art. 17 recoge una excepción a favor de los trabajadores que hubieran cesado en su actividad antes de haber cumplido el período de cinco años. Así, cumpliendo determinadas condiciones, también estos trabajadores y sus familias, podrán acceder a la residencia permanente.

4.2. Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la unión

Tras la entrada en vigor del TFUE se hizo necesario de codificar el Reglamento (CEE) nº 1612/68, modificado en diferentes ocasiones, «en aras de una mayor racionalidad y claridad». Con este fin expreso se promulgó este Reglamento, actualmente en vigor, que reconoce el derecho a la libre circulación como un derecho fundamental no sólo de los trabajadores, sino también de sus familias. La familia del trabajador aparece como un elemento esencial de la libre circulación al exigirse que se eliminen los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores «sobre todo en lo referente a las condiciones de integración de la familia del trabajador en el país de acogida». A este fin se dedica el art. 10 del Reglamento, al que se le concede una sección independiente (Sección 3ª, «De la familia de los trabajadores»).

Además, la libre circulación ya no sólo comprende el derecho a ejercer una actividad asalariada en otro Estado miembro, sino, como indica su Preámbulo, a «ejercer la actividad de su elección dentro de la Unión». Por otra parte, el Reglamento extiende los oportunos derechos, además de a los trabajadores asalariados, a los «permanentes, de temporada, fronterizos o que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de servicios». Por lo tanto, el Reglamento ya no sólo se dirige a los trabajadores migrantes, que abandonan su Estado originario para realizar su actividad en otro Estado miembro, sino tam-

bién a los fronterizos, que residen en un Estado miembro pero prestan su actividad por cuenta ajena en otro.

El Reglamento 492/2011 se compone de cuatro capítulos, cuarenta y dos artículos y dos anexos. El primer capítulo recoge la tradicional prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y reconoce el derecho de los trabajadores nacionales de los Estados miembros a circular y trabajar en otros Estados de la Unión. A su vez, regula estas tres cuestiones, ya tradicionales en el ámbito de la libre circulación de trabajadores: «empleo, igualdad de trato y de la familia de los trabajadores». Al acceso al empleo se dedican los primeros artículos (sección primera, arts. 1 a 6). En ellos se trata de garantizar el acceso a una actividad por cuenta ajena con las mismas ventajas que los nacionales y a ejercerla en otro Estado miembro (art. 1). Los Estados miembros no podrán imponer condiciones o prácticas más desfavorables para los nacionales de otros Estados, con la salvedad de los conocimientos lingüísticos, que pueden ser exigidos como un requisito de acceso al empleo por la legislación nacional (art. 3.1). También se reconoce a todo trabajador y empresario nacionales de un Estado miembro el derecho a «intercambiar sus demandas y ofertas de empleos, formalizar contratos de trabajo y ejecutarlos de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en vigor, sin que de ello pueda resultar discriminación alguna» (art. 2). De tales condiciones discriminatorias (condiciones limitadoras no previstas para los nacionales, aquellas que tengan por finalidad eliminar a los nacionales de otros Estados miembros, entre otras) da cuenta el art. 3, ordenando su inaplicación.

La igualdad de trato en el ejercicio del empleo es otro de los puntos esenciales de los que se ocupa el Reglamento nº 492/2011, que lo aborda desde la doble óptica negativa y positiva. Al trabajador nacional de otro Estado miembro se le garantiza el tradicional derecho a no ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales en las condiciones de

empleo. Si con anterioridad se hacía especial hincapié en la igualdad de trato en las condiciones retributivas, ahora se garantiza expresamente la igualdad de trato en materia de retribución, despido y reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo (art. 7.2). Además, también se garantiza la igualdad de trato en los siguientes puntos: acceso a las mismas ventajas sociales y fiscales (art. 7.2), acceso a las escuelas de formación profesional y centros de readaptación o reeducación (art. 7.3), en el ejercicio de los derechos de afiliación a organizaciones sindicales, ejercicio de los derechos sindicales de voto, acceso a los puestos de administración o dirección de una organización sindical y elegibilidad a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. La única exclusión que se contempla afecta a su participación en la gestión de organismos de derecho público y del ejercicio de una función de derecho público (art. 8).

Los Capítulos II y III presentan ya un carácter más técnico. El Capítulo II, dedicado a la colaboración entre Estados, contempla varios puntos principales. El primero plantea el objetivo de una acción común entre los Estados (art. 11), dirigida a compensar las ofertas y demandas de empleo que conceda la misma prioridad a extranjeros y a nacionales (arts. 11.1 y 13), y a la colocación de trabajadores. Para ello se contempla la creación de servicios especializados (art. 11.2) que enviarían información a la Comisión, a los demás Estados y a la Oficina Europea de Coordinación (arts. 12.3, 13 y 18).

A su vez, para favorecer el equilibrio en el mercado de trabajo se ordena la realización de un análisis de los resultados, tanto por la Comisión como por los Estados (art. 14.3), que se presentará cada dos años.

Por último, el Capítulo III, destaca la previsión de dos organismos encargados de asegurar una estrecha colaboración entre los Estados miembros en materia de libre circulación y de empleo de los trabajadores. Se tra-

ta del Comité Consultivo, al que se dedica la Sección 1 (arts. 21 a 28) y del Comité Técnico, cuya composición y funciones se regulan en la sección 2 (arts. 29 a 34).

4.3. Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores

La Directiva 2014/54/UE no abandona el objetivo económico perseguido por la libre circulación de trabajadores, que se considera «necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior».

Una vez reconocidos los correspondientes derechos de libre circulación a los ciudadanos de la Unión Europea y a sus familias (art. 20 TFUE), el problema pareció encontrarse en la falta de conocimiento de estos derechos por sus beneficiarios. El preámbulo de la Directiva 2014/54/UE repite hasta la saciedad el deber de que los Estados o los organismos a través de los que actúen a estos efectos informen de estos derechos a los ciudadanos de la Unión, dado que «el ejercicio efectivo de la libertad de circulación de los trabajadores sigue representando, sin embargo, un gran reto y, muchos trabajadores de la Unión con frecuencia no son conscientes de sus derechos de libre circulación». Este problema se traduce en que «los trabajadores de la Unión pueden seguir sufriendo restricciones y obstáculos injustificados a su derecho a la libre circulación», entre los que cita expresamente «el no reconocimiento de las cualificaciones, discriminación por razón de nacionalidad y explotación al desplazarse a otro Estado miembro». Así pues, deduce, «existe entre la legislación y su aplicación práctica una discrepancia que debe ser abordada». Para ello se prevé que el cumplimiento adecuado y eficaz del art. 45 TFUE y del Reglamento (UE)

nº 492/2011 debe compaginarse con «una sensibilización acerca de los derechos». Ello porque «si el cumplimiento de la legislación de la Unión (...) no se garantiza adecuadamente, se debilita la eficacia de las disposiciones de la Unión aplicables en este ámbito y se ponen en peligro los derechos y la protección de los trabajadores de la Unión y de los miembros de sus familias».

El objetivo perseguido por la Directiva es doble. Por una parte, se trata de «mejorar la aplicación y la supervisión de la normativa de la Unión» en materia de libre circulación de trabajadores. Con el fin de que no sólo los trabajadores y sus familias, sino también «los empleadores, autoridades públicas y otras personas afectadas estén mejor informadas de los derechos y responsabilidades en materia de libre circulación», en orden a garantizar la correcta aplicación de las normas y evitar su incumplimiento.

Por otra parte, se ponen en marcha mecanismos reparadores para los trabajadores y sus familias que hubieran sido objeto de discriminación por razón de nacionalidad o hubieran sufrido cualquier restricción u obstáculo injustificado al ejercicio de este derecho. Se trata, con ello, de garantizar «una protección judicial real y efectiva». Para ello se ordena a los Estados miembros que faciliten y garanticen este objetivo, así como que faculten «a las asociaciones y a las personas jurídicas, incluyendo a los interlocutores sociales», para que con arreglo a las disposiciones de los Estados miembros puedan, con el consentimiento de la presunta víctima, iniciar procedimientos en su nombre o apoyar los ya iniciados» (Preámbulo, 15). Para ello se pide a los Estados miembros que examinen la aplicación de «principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización».

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL