

## LA LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES COMUNITARIOS

**Manuel Carlos PALOMEQUE**  
**Catedrático de Derecho del Trabajo**  
**Universidad de Salamanca**

1. La *libre circulación de trabajadores* (LCT) debe ser considerada hasta el momento, desde luego, como la manifestación institucional estelar de la *política social* de las Comunidades Europeas y, por ello, del llamado Derecho Social Comunitario. Más aún, el activo de este sector del ordenamiento jurídico comunitario ofrece por el momento un reducido balance, cuyos soportes se agotan doblemente en diversas expresiones de *política de empleo* (libre circulación, seguridad social de trabajadores migrantes, Fondo Social Europeo, sistema europeo de compensación de ofertas y demandas de empleo, formación profesional) y de política de *armonización* de las legislaciones sociales de los Estados miembros (igualdad de trato por razón de sexo, cesiones de empresas, protección de los trabajadores ante supuestos de insolvencia del empleador, despidos colectivos, seguridad, salud e higiene en el trabajo, ordenación del tiempo de trabajo, seguridad social, protección de trabajadores jóvenes).

2. Con todo, no es posible llegar a comprender propiamente la evolución y desarrollo de la política social comunitaria (PSC) hasta llegar a su alcance y contenido actuales, ni naturalmente la significación en su seno de la LCT, si no se tiene en cuenta una noción transcendental en la construcción de las Comunidades Europeas y su aparato institucional y normativo: la PSC, apoyada en los institutos sociales contenidos en los Tratados fundacionales de las Comunidades (libre circulación de trabajadores, aproximación de las

legislaciones de los Estados miembros en materia social, Fondo Social Europeo, Comité Económico y Social) responde verdaderamente desde sus orígenes a una *concepción de subordinación* a los objetivos o fines esencialmente económicos de la organización comunitaria.

3. Con el tiempo, y a favor de la propagación de las intensas políticas de empleo ejecutadas por los Gobiernos de los Estados miembro de la CEE frente a las graves consecuencias sociales que depara de modo generalizado la crisis económica de los años setenta, se abrirá camino en las instancias comunitarias a una preocupación específica sobre los problemas sociales de la unión económica. Es el caso, singularmente, del *Programa de Acción Social* (1974), del *Programa de Acción Social Comunitario a Medio Plazo* (1984), de la propuesta de un *espacio social europeo*, de los nuevos enfoques para la PSC que derivan de las propuestas comunitarias de la *dimensión social* del mercado interior o de la noción de *cohesión económica y social* introducida por el Acta Unica Europea (1987), hasta llegar a, lo que constituye sin duda la realización más importante hasta el momento en el terreno de la materialización del nuevo espacio social europeo, la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores* (1989) y el *Programa de acción para la aplicación de la Carta comunitaria*, aprobado por la Comisión como verdadero catálogo de medidas de política social para los próximos años (1990-1993).

4. La política y Derecho sociales comunitarios siguen ofreciendo por ahora, con todo, una corta dimensión institucional, si se exceptúa la partida central de ambos (la libre circulación de trabajadores), sin que pueda decirse que se hayan evaporado por completo sus conexiones de subordinación a los objetivos económicos generales, a pesar, eso sí, de los esfuerzos ciertos por encontrarle un papel activo propio, y cuando los nuevos objetivos de unión política europea, en la que un renovado espacio social no sería tan sólo la mera dimensión social de un mercado económico único, no acaban de resultar alcanzados ante los imprevistos obstáculos que no deja de ofrecer la nueva escena internacional, en Europa y fuera de ella. Sólo bajo estas consideraciones puede entenderse, me parece, la dimensión actual de la PSC y, lo que aquí interesa propiamente, el papel que en su seno desempeña la *libre circulación de trabajadores*.

5. La supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la «libre circulación de personas, servicios y capitales» forma parte, como se sabe, del cuadro de acciones comprometidas originariamente por el Tratado constitutivo de la CEE para la consecución del mercado común propuesto (art. 3 c). La libre circulación de *personas* en la Comunidad (otra cosa son los capitales) reviste en el TCEE, así pues, una *triple* modalidad: 1) libertad de circulación de los *trabajadores asalariados* (arts. 48-51); 2) libertad de *prestación de servicios* de los trabajadores por cuenta propia (arts. 59-66); y 3) libertad de *establecimiento*

de los trabajadores por cuenta propia y los empresarios (arts. 52-58).

6. La libre circulación de los trabajadores asalariados dentro de la Comunidad supone ciertamente 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» (art. 48.2 TCEE), sin perjuicio claro está de las limitaciones justificadas «por razones de orden público, seguridad y salud públicas» (art. 48.3 TCEE). En parecidos términos se manifiestan, por lo demás, los artículos 69 del Tratado constitutivo de la *Comunidad Económica del Carbón y del Acero* (CECA, 1951) y 96 del propio de la *Comunidad Europea de la Energía Atómica* (CEEA, 1957).

7. La *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores* (1989) establece, como el primero de ellos, el que tiene *todo trabajador* de cualquier Estado miembro de la Comunidad Europea a la *libre circulación en todo el territorio de la Comunidad*, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por «razones de orden público, de seguridad pública y de salud pública» (punto 1). Ello significa, por lo tanto, que el trabajador comunitario puede ejercer cualquier profesión u oficio en la Comunidad, en condiciones de *igualdad de trato*, en un triple ámbito: 1) el *acceso al trabajo*, 2) las *condiciones de trabajo* y 3) la *protección social* del país de acogida (punto 2). E implica, al propio tiempo, la armonización de las condiciones de *residencia* en todos los Estados miembros, en particular para la reunificación familiar; la supresión de todos los obstáculos que resulten del no reconocimiento de títulos o de cualificaciones profesionales equivalentes; y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores fronterizos (punto 3). La garantía de este derecho social fundamental, al igual que los restantes contenidos en la Carta, compete limitativamente sin embargo, a los distintos Estados miembros «de conformidad con las respectivas prácticas nacionales, en particular mediante su legislación y convenios colectivos» (punto 27).

9. El régimen jurídico de este derecho está contenido en la actualidad en una plural normativa comunitaria, de la que es preciso destacar los siguientes instrumentos:

- Reglamento núm. 1612 / 68, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (modificado por el Reglamento núm. 312/76).

- Reglamento núm. 1251 / 70, de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido un empleo.

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

- Directiva del Consejo 68 / 360, 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 (completada por la Directiva 72 / 194, de 18 de mayo de 1972).

- Directiva del Consejo 77 / 486, de 25 de julio de 1977, sobre escolarización de los hijos de los emigrantes.

- Decisión 84 / 636, de 12 de diciembre de 1984, estableciendo un tercer programa común tendente a favorecer el intercambio de los jóvenes trabajadores en el seno de la Comunidad (prorrogada por Decisión de 29 de mayo de 1960).

10. Titulares del derecho a la libre circulación son, así pues, por lo que aquí interesa, los *trabajadores asalariados o subordinados comunitarios*. Los «trabajadores» (art. 48.1 TCEE), los «nacionales de un Estado miembro (que accedan) a una actividad por cuenta ajena (..) en el territorio de otro Estado miembro» (art. 1.1 Reglamento 1612 / 68), los «trabajadores de la Comunidad Europea» (punto 1 Carta Comunitaria).

11. Hay una noción *comunitaria* de trabajador subordinado (STJ caso Unger, de 19-3-1964, y una reiterada jurisprudencia en este sentido, apenas sin excepciones), ya que, «si la noción de trabajador pudiese ser unilateralmente establecida y modificada por el Derecho interno de cada Estado miembro», los fines del Tratado CEE y las normas comunitarias quedarían vacíos de contenido. El Tribunal de Justicia ha precisado así en diversas ocasiones las notas del trabajo por cuenta ajena y en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, percibiéndose como contrapartida una retribución, ya sea la relación laboral permanente, eventual, de temporada, a tiempo parcial, o revista cualquier otra modalidad.

12. El trabajador asalariado ha de ser nacional de un Estado miembro de la Comunidad (trabajador *comunitario*), siendo el ordenamiento de cada uno de ellos quien define el régimen jurídico de adquisición y conservación de la correspondiente nacionalidad. La libre circulación respecto de los territorios de ultramar, por su parte, «se regirá por convenios ulteriores, que requerirán el acuerdo unánime de los Estados miembros» (art. 135 TCEEE). Así, mediante la Decisión del Consejo de 15 de octubre de 1968 se extiende plenamente el

principio de libre circulación a los departamentos franceses de ultramar.

13. Por razón de la naturaleza de la actividad en que se presta los servicios, la única excepción a la libre circulación de trabajadores radica en «los empleos en la Administración Pública» (art. 48.4 TCEE). Ante tan genérica disposición, el Tribunal de Justicia ha entendido que la excepción debe recibir una interpretación restrictiva, ya que la normativa comunitaria «sólo permite excluir determinadas actividades que impliquen una participación en los poderes públicos y estén conexas a la tutela de intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas» (sTJ caso Comisión contra Bélgica, de 17-12 1980). Y así, la propia noción de Administración Pública no puede dejarse a la discrecionalidad de los Estados miembros, por lo que a los efectos de un concepto comunitario de aquélla es irrelevante la naturaleza, jurídico-pública o privada, del vínculo que une al empleado con la Administración, debiendo prevalecer un criterio funcional y no institucional al respecto.

14. La libre circulación supone, ciertamente, 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» (art. 48.2 TCEE). Implica, en consecuencia, el derecho (art. 48.3 TCEE): 1) de *responder a ofertas efectivas de trabajo*; 2) de *desplazarse libremente* para este fin en el territorio de los Estados miembros; 3) 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; 4) de *permanecer en el territorio de un Estado miembro* después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión. Al propio tiempo, los trabajadores migrantes se beneficiarán de un sistema de seguridad social que les permita garantizar, a ellos y a sus derechohabientes (art. 51 TCEE): 1) 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 b) el *pago de las prestaciones* a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

15. El derecho básico o contenido esencial de la libre circulación es, desde luego, el derecho de los trabajadores comunitarios a la *igualdad*, y consiguiente *no discriminación* por razón de la nacionalidad, en el trabajo que lleven a cabo en cualquier Estado miembro, en relación con los propios trabajadores nacionales de éste, tanto respecto al empleo, como a la retribución y demás condiciones de trabajo (art. 48.2 TCEE), apareciendo así los demás derechos comprendidos por la libre circulación como coadyuvantes de aquél o de carácter meramente instrumental. Como ha reiterado el Tribunal de Justicia de las

Comunidades, se trata de un derecho pleno, directamente aplicable, que vincula tanto a la Administración de los Estados miembros como a los particulares, pudiendo exigirse su cumplimiento ante los jueces nacionales.

16. Este derecho desenvuelve su actividad en un *doble* plano, como se ha señalado:

1. Igualdad y no discriminación en el *empleo*.

Así, todo trabajador nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, «tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado» (art.1 Reglamento 1612 / 68).

Ello comprende:

1) El derecho a *utilizar, en igualdad de condiciones que los trabajadores nacionales, los servicios de empleo del Estado en que se busque el empleo*, o derecho a «la misma asistencia que la que las oficinas de empleo de ese Estado conceden a sus propios nacionales que busquen empleo» (art. 5 Reglamento 1612 / 68). A estos efectos, se ha establecido un «mecanismo de compensación» de ofertas y demandas de empleo (SEDOC) que realiza en el seno de la Comisión la Oficina Europea de Coordinación, cuya misión es favorecer la relación y la compensación de las mismas en la Comunidad (arts. 21-23 Reglamento 1612 / 68). Una vez al mes como mínimo, el servicio especializado de cada Estado miembro remite a los servicios de los otros Estados miembros y a la Oficina Europea de Coordinación una «relación detallada», por profesión y por región, de: a) las ofertas de empleo no cubiertas o que sea improbable que se cubran por la mano de obra perteneciente al mercado nacional de trabajo; y b) los solicitantes de empleo que hayan declarado estar efectivamente dispuestos a ocupar un empleo en otro país (art. 15 Reglamento 1612 / 68). Difundidas estas relaciones según un sistema informático uniforme, las candidaturas concretas y apropiadas se presentan a los empresarios «con igual prioridad que la concedida a los trabajadores nacionales con respecto a los nacionales de los Estados no miembros» (art. 16.2 Reglamento 1612 / 68).

Excepcionalmente puede ocurrir, sin embargo:

a) La *contratación directa* de un trabajador no comunitario («ofertas de empleo dirigidas a los trabajadores que sean nacionales de Estados no miembros», art. 16.3 Reglamento 1612 / 68), cuando se trate de:

- Ofertas *nominativas* que presenten un carácter *especial* basado en: 1)

razones de orden profesional relativas a la *especialización* («cualificación alta poco común referida a un tipo de trabajo o un oficio que requiera especiales conocimientos técnicos», anexo al Reglamento), al carácter de *confianza* del empleo ofrecido («empleo cuyo ejercicio exija especiales relaciones de confianza entre el empresario y el trabajador según la costumbre del país de acogida», anexo) o a vínculos profesionales *anteriores* («cuando un empresario solicite la contratación, en el territorio de un Estado miembro, de un trabajador a quien ya hubiese empleado en ese mismo territorio al menos durante doce meses en los últimos cuatro años», anexo); y 2) la existencia de *vínculos familiares* entre el empresario y el trabajador solicitado, o entre éste y un trabajador regularmente empleado como mínimo durante un año en la empresa («vínculos por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado entre un empresario y un trabajador, y los vínculos de parentesco de primer grado entre dos trabajadores», anexo).

- Ofertas referidas a la contratación de grupos homogéneos de *trabajadores de temporada*, de los cuales uno al menos haya recibido una oferta nominativa.

- Ofertas que se refieran a *trabajadores fronterizos* («trabajadores que residen respectivamente en regiones limítrofes situadas en ambos lados de la frontera común entre un Estado miembro y un Estado no miembro»).

- Ofertas que se refieran expresamente a trabajadores procedentes de Estados no miembros y sean hechas por el empresario por *razones inherentes a la buena marcha de la empresa*, después de la intervención de los servicios de empleo del Estado correspondiente y si éstos «consideran que los motivos expuestos por el empresario están justificados».

b) La *suspensión parcial o total de los mecanismos de compensación de ofertas y demandas de empleo*, decidida por la Comisión cuando un Estado miembro «experimente o prevea perturbaciones en su mercado de trabajo que puedan ocasionar riesgos graves para el nivel de vida y de empleo en una región o profesión» (art. 20.1 Reglamento 1612 / 68). En tal caso, el Estado miembro habrá de comunicar este hecho a la Comisión y a los demás Estados miembros, quienes adoptarán cuantas medidas sean apropiadas en materia de información, «con el fin de que los trabajadores de la Comunidad no soliciten empleos en dicha región o profesión» (art. 20.2 Reglamento 1612 / 68). El Estado afectado podrá pedir a la Comisión, así pues, que compruebe, para conseguir el restablecimiento de la situación en la región o profesión, si deben suspenderse los mecanismos de compensación citados (art. 20.3 Reglamento 1612 / 68). La Comisión adoptará la suspensión, en su caso, pudiendo a su vez todo Estado miembro pedir al Consejo «la suspensión o la modificación de esta decisión», quien decidirá lo que proceda (art. 20.3.2 Reglamento 1612 / 68).

2) El derecho de *igualdad en el acceso al empleo*, en la medida en que la contratación y el reclutamiento de un nacional de un Estado miembro para un empleo en otro Estado miembro «no podrá depender de criterios médicos, profesionales u otros discriminatorios en razón de la nacionalidad, con respecto a los aplicados a los nacionales de otro Estado miembro que deseen ejercer la misma actividad» (art. 6.1 Reglamento 1612 / 68). Este derecho se sustancia, así pues, en la inaplicabilidad de las disposiciones legales y reglamentarias, así como de las prácticas administrativas, de un Estado miembro que (art. 3.1 Reglamento 1612 / 68):

a) Limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros y principalmente, en particular (art. 3.2 Reglamento 1612 / 68):

- Hagan obligatorio el recurso a procedimientos especiales de contratación para los extranjeros.

- Limiten o subordinen, a condiciones distintas de las que son aplicables a los empresarios que ejercern en el territorio de dicho Estado, la oferta de empleo por medio de la prensa o de cualquier otro modo.

- Subordinen el acceso al empleo a condiciones de inscripciones en las oficinas de colocación u obstaculicen la contratación nominativa de trabajadores, cuando se trate de personas que no residan en el territorio de dicho Estado.

b) Tengan por finalidad o efecto exclusivo o principal, aun siendo aplicables sin acepción de nacionalidad, eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo.

Son excepciones a esta equiparación: a) las condiciones relativas a los conocimientos lingüísticos exigidos en razón de la naturaleza del empleo a cubrir (art. 3.1.1 Reglamento 1612 / 68); b) la concesión de beneficios a empresas que empleen un cierto número de nacionales en la industria cinematográfica, de acuerdo con la Directiva del Consejo de 15 de octubre de 1963, citada por el propio artículo 4.2 del Reglamento 1612 / 68 como excepción a la regla general de que, cuando en un Estado miembro la concesión de beneficios de cualquier naturaleza a las empresas esté subordinada al empleo de un porcentaje mínimo de trabajadores nacionales, «los nacionales de otros Estados miembros se contarán como trabajadores nacionales»; y c) la posibilidad de sometimiento a un examen profesional al nacional que posea una oferta nominativa, hecha por un empresario de un Estado miembro que no sea el



suyo propio, si el empresario lo solicita expresamente en el momento de presentar su oferta (art. 6.2 Reglamento 1612 / 68).

2. Igualdad y no discriminación en *las condiciones de trabajo* (en «la retribución y las demás condiciones de trabajo», art. 48.2 TCEE).

El trabajador nacional de un Estado miembro «no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales» (art. 7.1 Reglamento 1612/68), en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, en cuanto a:

1) Las *condiciones de empleo y trabajo*, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo (art. 7.1 Reglamento 1612/68). En materia salarial, extensivamente, forman parte del salario, no sólo los conceptos legales o convencionales del mismo, sino también las mejoras unilaterales concedidas por el empresario ( sTJ caso Sotgiu, de 12-2-1974 y reiterada jurisprudencia posterior).

2) Los *beneficios sociales y fiscales* de los trabajadores nacionales (art. 7.2 Reglamento 1612 / 68). El Tribunal de Justicia ha interpretado este concepto de forma extensiva, «de manera que incluya todos los beneficios sociales y fiscales, ligados o no al contrato de trabajo, que disfrutaban los trabajadores nacionales» (sTJ caso Cristini, de 30-9-1975), tales como, por citar conceptos sobre los que ha recaído pronunciamiento expreso del propio Tribunal, las reducciones en ferrocarriles a familias numerosas, los préstamos de natalidad sin interés, las asignaciones para minusválidos adultos, la renta garantizada a personas de edad avanzada, o las condiciones de integración del trabajador emigrante y de su familia en el medio del país de acogida (uso de la propia lengua, eliminación de dificultades lingüísticas para intervenir en los procesos de trabajo, etc). Específicamente, el Reglamento menciona los «derechos y beneficios concedidos a los trabajadores nacionales en materia de alojamiento, incluyendo el acceso a la propiedad de la vivienda que necesite», de los que se beneficiará el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro (art. 9.1 Reglamento 1612 / 68).

3) El acceso a las escuelas de *formación profesional* y a los centros de readaptación de enseñanza, «en base al mismo derecho y en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales» (art. 7.3 Reglamento 1612 / 68).

4) La afiliación a organizaciones sindicales y el *ejercicio de los derechos sindicales*, «incluyendo el derecho de voto y el acceso a los puestos de administración o de dirección de una organización sindical», y la representación

de los trabajadores en la empresa (art. 8 Reglamento 1612 / 68). El trabajador extranjero podrá, sin embargo, ser excluido de participar en «la gestión de organismos de derecho público y del ejercicio de una función de derecho público» (art. 8.1 Reglamento 1612 / 68).

5) Los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional de los hijos de los extranjeros «en las mismas condiciones que los nacionales» del Estado de acogida, si esos hijos residen en su territorio (art. 12.1 Reglamento 1612 / 68).

17. Los trabajadores comunitarios y los miembros de sus familias tienen el derecho de *abandonar el territorio de su Estado de origen para acceder a una actividad asalariada y ejercerla en el territorio de otro Estado miembro* (arts. 1 y 2 Directiva del Consejo 68 / 360, de 15 de octubre). Este derecho será ejercitado «mediante la simple presentación de una tarjeta de identidad o de un pasaporte válido», que los Estados miembros deberán expedir o renovar a sus nacionales de conformidad con su legislación. El pasaporte habrá de ser válido al menos para todos los Estados miembros y para los países de tránsito directo entre éstos (art. 2 Directiva 68 / 360). En consecuencia, no se podrá imponer a los nacionales de los Estados miembros ningún visado de entrada, ni otra obligación equivalente, salvo para los miembros de la familia del trabajador que no posean la nacionalidad de un Estado miembro (art. 3 Directiva 68 / 360). Los derechos de entrada y salida de los territorios de los Estados miembros de la Comunidad «no están subordinados a la existencia de una norma interna sino que derivan del propio Tratado CEE» (sTJ caso Royer, de 8-4-1976).

18. El derecho de los trabajadores, así como de los miembros de sus familias, de *libre estancia en el territorio de la Comunidad* se acredita mediante la expedición de un documento denominado «tarjeta de estancia de nacional de un Estado miembro de la CEE», en la que se hará constar que ha sido expedido en aplicación del Reglamento (CEE) número 1612 / 68 (arts. 4.1 y 2 Directiva del Consejo 68 / 360, de 15 de octubre de 1968).

Para la expedición de la tarjeta de estancia es requisito la presentación por el trabajador, además del documento al amparo del que ha entrado en el territorio, de una *oferta de empleo*, esto es, de «una declaración de contratación suscrita por el empresario o un certificado de trabajo» (art. 4.3 Directiva 68 / 360). El Tribunal de Justicia no ha determinado con claridad si la mera búsqueda de «posibilidades de empleo» está amparada por la libertad de residencia, bien que el artículo 48.3 a) TCEE parezca abonar una interpretación restrictiva al respecto («responder a una oferta efectiva de empleo»), no confirmada con seguridad, sin embargo, por el Reglamento 1612 / 68, cuyo artículo 5 establece que «el nacional de un Estado miembro que busque un empleo en el territorio de

otro Estado miembro, recibirá allí la misma asistencia que la que las oficinas de empleo de ese Estado concedan a sus propios nacionales que busquen empleo». Aun cuando el Tribunal de Justicia no se haya pronunciado de modo expreso sobre el tema, parece prevalecer una interpretación extensiva al respecto, ligada de modo práctico al período mínimo de búsqueda de empleo de tres meses, período al que se extiende el derecho a residir temporalmente como turista («Acuerdo europeo sobre el régimen de circulación de personas» del Consejo de Europa, de 13 de diciembre de 1957).

La tarjeta de estancia: 1) habrá de ser válida para el conjunto del territorio del Estado miembro que la expida; y 2) habrá de tener un plazo de validez de cinco años por lo menos a partir de su expedición y habrá de ser automáticamente renovable (art. 6.1 Directiva del Consejo 68 / 360). Cabe también, cuando el trabajador haya de ocupar un empleo durante un período superior a tres meses e inferior a un año, que el Estado miembro de acogida expida un «documento temporal de estancia», cuyo plazo de validez podrá quedar limitado a la duración prevista del empleo (art. 6.3 Directiva 68 / 360). Los documentos de estancia serán expedidos y renovados con carácter gratuito o mediante el abono de una suma que no rebasará el importe de los derechos y tasas exigidos para la expedición de las tarjetas de identidad a los nacionales (art. 9.1 Directiva 68/360).

Excepcionalmente, no será preciso la expedición de la tarjeta de estancia en los siguientes supuestos (art. 8.1 Directiva 68/360): 1) ejercicio de una actividad asalariada de una duración prevista *no superior a tres meses*, bastando para amparar la estancia del trabajador el documento que le haya servido para entrar en el territorio y una declaración del empresario sobre la duración prevista del empleo; 2) actividad de *trabajadores fronterizos*, esto es, de quienes «teniendo su residencia en el territorio de uno de los Estados miembros a donde regresa(n) en principio todos los días o por lo menos una vez a la semana, está(n) empleado(s) en el territorio de otro Estado miembro», que podrán disponer, sin embargo, de una «tarjeta especial» válida para cinco años y renovable automáticamente; y 3) actividad de *trabajadores de temporada*, cuando sean titulares de un contrato de trabajo visado por la autoridad competente del Estado miembro a cuyo territorio van a ejercer su actividad.

Finalmente, el Consejo ha aprobado en 1990 tres Directivas relativas al derecho de residencia (90/364, 365 y 366 CEE), en desarrollo del artículo 3 c) TCEE («supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales»), que entrarán en vigor a partir de 30 de junio de 1992. Establecen la concesión del derecho de residencia a los nacionales de los Estados miembros que no disfruten de este derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, así como a los miembros de sus

familias, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que reúnan determinados requisitos.

19. Con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro (art. 10.1 Reglamento CEE 1612/68): 1) su cónyuge y descendientes menores de 21 años o a su cargo; y 2) los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo. No obstante, los Estados miembros favorecerán la admisión de «cualquier miembro de la familia» no comprendido entre los anteriores, «si se encontrase a cargo, o viviere, en el país de origen con el trabajador» (art. 10.2 Reglamento 1612/68). A estos efectos, el trabajador deberá disponer de una vivienda para su familia, «considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado», sin que esta disposición pueda ocasionar discriminación entre los trabajadores nacionales y los trabajadores provenientes de otros Estados miembros (art. 10.3 Reglamento 1612/68).

Complementariamente, el cónyuge y los hijos menores de 21 años a cargo del trabajador tendrán derecho a acceder a cualquier actividad por cuenta ajena en todo el territorio del Estado de acogida, incluso aunque no tengan la nacionalidad de un Estado miembro (art. 11 Reglamento 1612/68). Así también, los hijos del trabajador «serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio» (art. 12 Reglamento 1612/68).

20. Tienen derecho a *residir permanentemente en el territorio de un Estado miembro* (art. 2 Reglamento 1251/70 de la Comisión, de 29-6-1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo): 1) el trabajador que, al término de su actividad, haya alcanzado la edad prevista por la legislación de ese Estado para hacer valer sus derechos a una *pensión por vejez* y que haya ocupado un empleo en dicho Estado durante los últimos doce meses, como mínimo, y haya residido en él de manera continuada desde al menos tres años; 2) el trabajador que, habiendo residido sin interrupción durante más de dos años en el territorio de ese Estado, dejase la ocupación de un empleo asalariado como consecuencia de una *incapacidad laboral permanente* (no se requerirá ninguna condición en cuanto a la duración de residencia, si dicha incapacidad resultase de accidente de trabajo o de enfermedad profesional que dé derecho a una pensión); y 3) el trabajador que, después de tres años continuados de empleo y residencia en el territorio de ese Estado, ocupase un empleo asalariado en el territorio de otro Estado miembro, manteniendo su residencia en el territorio del primer Estado, al que regresará, en principio, todos los días o, al menos, una vez por semana. Las

condiciones de duración de residencia y de empleo señaladas no se exigirán, sin embargo, cuando el cónyuge del trabajador sea nacional del Estado miembro de que se trate, o haya perdido la nacionalidad de ese Estado como consecuencia de su matrimonio con el trabajador (art. 2.2 Reglamento 1251/70).

Tendrán asimismo derecho a residir en el territorio de un Estado miembro a título permanente los *miembros de la familia* de los trabajadores titulares de aquel derecho, que residan con ellos en el territorio referido y, si los mismos han adquirido tal derecho conforme al régimen indicado, incluso después de su fallecimiento (art. 3.1 Reglamento 1251/70). Sin embargo, si el trabajador hubiere fallecido en el curso de su vida profesional y antes de haber adquirido el derecho a residir en el territorio del Estado referido, los miembros de la familia tendrán derecho a residir en él a título permanente a condición de (art. 3.2 Reglamento 1251/70): 1) que el trabajador, en la fecha de su fallecimiento, haya residido de manera continuada un mínimo de dos años en el territorio de ese Estado miembro; 2) o bien, que su fallecimiento se debiese a un accidente de trabajo o enfermedad profesional; 3) o bien, que el cónyuge superviviente sea nacional del Estado de residencia o haya perdido la nacionalidad de dicho Estado a resultas de su matrimonio con el trabajador.

La continuidad de residencia podrá ser demostrada mediante cualquier medio de prueba en uso en el país de residencia. No se verá afectada por ausencias temporales que no excedan, en total, de tres meses por año, ni por ausencias más largas debidas al cumplimiento de obligaciones militares. Los períodos de paro involuntario, debidamente comprobados por la oficina de empleo competente, y las ausencias motivadas por enfermedad o accidente, se considerarán período de empleo (art. 4 Reglamento 1251/70).

El derecho de permanencia comprende:

1. El derecho a un *permiso de residencia*, que se expedirá y renovará gratuitamente o previo pago de una suma que no exceda de los derechos y tasas exigidos a los nacionales para la expedición o renovación de los documentos de identidad, deberá ser válido para la totalidad del territorio del Estado miembro que lo hubiere expedido, y deberá tener una período de validez mínimo de cinco años, siendo automáticamente renovable (art. 6.1 Reglamento 1251/70). Las interrupciones de residencia que no excedan de seis meses consecutivos no afectarán a la validez del permiso de residencia (art. 6.2 Reglamento 1251/70).

2. El derecho a la *igualdad de trato*, establecido por el Reglamento 1612/68 del Consejo (art. 7 Reglamento 1251/70).

Complementariamente, la Directiva del Consejo 90/365/CEE, de 28 de

junio de 1990 (entra en vigor el 30 de junio de 1992), reconoce el derecho de residencia a los trabajadores, por cuenta ajena y propia (también a los miembros de sus familias), que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, siempre que disfruten de una pensión de invalidez, de jubilación anticipada o de vejez, o de un subsidio por accidente de trabajo o enfermedad profesional, y dispongan de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro.

21. El propio artículo 48.3 del Tratado CEE prevé específicamente «limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas» a la libre circulación de los trabajadores comunitarios. Esta cláusula de salvaguardia de la soberanía nacional de los Estados miembros dispone, ciertamente, de una regulación comunitaria de carácter restrictivo, ya que, en caso contrario, podría quedar afectada de modo sustancial la propia circulación libre garantizada por el Tratado fundacional.

Así, la Directiva del Consejo 64/221/CEE, 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 públicas, limita su propio ámbito a las disposiciones relativas a la «entrada en el territorio», a la «concesión o renovación del permiso de residencia», o al «abandono del territorio», que sean adoptadas por los Estados miembros, por razones de orden público, seguridad o salud públicas (art. 2.1). Por la Directiva del Consejo 72/194/CEE, de 18 de mayo de 1972, se amplía a los trabajadores que ejercen el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, el campo de aplicación de la Directiva 64/221/CEE, de 25 de febrero de 1964.

La Directiva 64/221/CEE establece un doble tipo de garantías para el cumplimiento de tales fines:

A. Garantías *sustanciales* o *materiales*, que afectan al fondo de la reserva:

1. Las razones de orden público, seguridad y salud públicas «no podrán ser invocadas con fines económicos» (art. 2.2 ).

2. Las medidas de orden público o de seguridad pública deberán estar fundamentadas, exclusivamente, «en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen» (art. 3.1). Así, «sólo puede acordarse la expulsión de un ciudadano de un Estado miembro si existen indicios suficientes que hagan pensar que el individuo afectado por la misma atentará contra la seguridad o el orden públicos, esto es, si se funda en razones o motivos de prevención especial, referidos al sujeto afectado y no si viene decidida con una finalidad de

disuasión frente a otros extranjeros, o sea, si se funda en motivos de prevención general» (sTJ caso Bonsignore, de 26-2-1975).

3. La mera existencia de condenas penales «no constituye por si sola motivo para la adopción de dichas medidas» (art. 3.2 Directiva). Se ha señalado así que «una condena penal no puede ser considerada, a efectos de aplicar medidas de orden público, más que en la medida en que las circunstancias que han dado lugar a la misma pongan de relieve la existencia de una conducta personal que constituya una amenaza actual opara el orden público» (sTJ caso Bouderau, de 27-10-1977).

4. La caducidad del documento de identidad utilizado por la persona interesada para entrar en el país de acogida y obtener un permiso de estancia «no justificará la expulsión del territorio» (art. 3.3 Directiva). El Estado que haya expedido el documento de identidad acogerá al titular del mismo en su territorio sin formalidad alguna, incluso si el documento está caducado o aunque se pueda poner en duda la nacionalidad del titular (art. 3.4 Directiva).

5. Las únicas enfermedades o incapacidades que pueden justificar la denegación de la entrada en el territorio o de la concesión del primer permiso de estancia son las enumeradas en el «anexo» de la Directiva (art. 4.1): 1) enfermedades que pueden poner en peligro la salud pública (enfermedades de cuarentena mencionadas en el Reglamento Sanitario Internacional núm. 2, de 25 de mayo de 1951, de la OMS, tuberculosis del aparato respiratorio, sífilis, y otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas); y 2) enfermedades e incapacidades que pueden poner en peligro el orden público o la seguridad pública (toxicomanía, alteraciones psíquicas graves). Las enfermedades o incapacidades que sobrevengan tras la concesión del primer permiso de estancia no justificarán, sin embargo, la denegación de la renovación del mismo o la expulsión del territorio (art. 4.2 Directiva). Los Estados miembros no podrán introducir nueva disposiciones y prácticas más restrictivas que las que están en vigor en la fecha de la notificación de la Directiva (art. 4.3).

B. Garantías *formales*, que afectan al procedimiento de utilización de la reserva por parte de un Estado miembro:

1. La decisión que se refiere a la concesión o a la denegación del primer permiso de estancia «deberá ser adoptada en el más breve plazo, y a más tardar, dentro de los seis meses siguientes a la solicitud del permiso». El interesado será autorizado a permanecer provisionalmente en el territorio, hasta la decisión de concesión o de denegación del permiso de estancia (art. 5.1 Directiva 64/221). Asimismo, el país de acogida, en el caso que lo juzgue indispensable, podrá pedir al Estado miembro de origen y, si fuere necesario, a los demás Estados

miembros, «informes sobre los antecedentes penales del solicitante», debiendo el Estado miembro consultado (las consultas no tendrán carácter sistemático) contestar en un plazo de dos meses (art. 5.2 Directiva 64/221).

2. Las razones de orden público, seguridad o salud públicas, en que se base la decisión que le concierne, «serán puestas en conocimiento del interesado, a menos que ello sea contrario a la seguridad del Estado» (art. 6 Directiva 64/221). El Tribunal de Justicia ha señalado, en este sentido, que «la comunicación debe ser suficientemente detallada y precisa para consentir la adecuada defensa por parte del afectado por la medida y debe efectuarse (en cuanto a la lengua a emplear) en condiciones tales que permitan al interesado captar el contenido y los efectos de la comunicación» (STJ caso Adoui y Cornuaille, de 18-5-1982).

3. La decisión de denegar la concesión o la renovación del permiso de estancia, o la decisión de expulsión del territorio «será notificado al interesado». La notificación incluirá la indicación del plazo concedido para abandonar el territorio, que, salvo urgencia, no podrá ser inferior a quince días, cuando el interesado no haya recibido aún un permiso de residencia, ni inferior a un mes, en todos los demás casos (art. 7 Directiva 64/221).

4. En relación con toda decisión sobre la admisión de entrada, la denegación de la concesión o la renovación del permiso de estancia o sobre la expulsión del territorio, la persona interesada «podrá interponer los mismos recursos de que disponen los nacionales del Estado en cuestión contra los actos administrativos» (art. 8 Directiva 64/221). Cuando no exista la posibilidad de recurso judicial, o cuando dicho recurso se limite a la legalidad de la decisión o no tenga efectos suspensivos, la decisión de denegar la renovación del permiso de estancia o de expulsar del territorio al titular de un permiso de estancia «sólo podrá ser adoptada por la autoridad administrativa, salvo en caso de urgencia, previo dictamen de una autoridad competente del país de acogida ante la cual el interesado deberá poder hacer valer sus medios de defensa y hacerse asistir o representar en las condiciones de procedimiento previstas por la legislación nacional». Esta autoridad deberá ser distinta de la facultada para tomar la decisión de denegación de la renovación del permiso de estancia o de la decisión de expulsión (art. 9.1 Directiva 64/221). La decisión que deniegue la concesión del primer permiso de estancia, o la decisión de expulsar a la persona interesada antes de la concesión del permiso, se someterá, a petición del interesado, al examen de la autoridad cuyo dictamen previo se ha indicado. El interesado estará entonces autorizado a presentar, personalmente, sus medios de defensa, a menos que se opongan razones de seguridad del Estado (art. 9.2 Directiva 64/221).



22. La ratificación por España del Tratado de Adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Lisboa, 12 de junio de 1985), con efectos desde el día 1 de enero de 1986, no supone ciertamente la aplicación automática del Derecho comunitario sobre la libre circulación de trabajadores. Ello está supeditado, en verdad, al cumplimiento de las «medidas transitorias referidas a España» contempladas en el *Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados* (cap. II, libre circulación de personas, servicios y capitales, arts. 55 a 63).

Estas medidas transitorias suponen un aplazamiento temporal de la plena aplicación de la normativa comunitaria sobre libre circulación de trabajadores, en la medida en que «el artículo 48 del tratado CEE será aplicable, respecto de la libre circulación de los trabajadores entre España y los demás Estados miembros, salvo lo establecido en las disposiciones transitorias previstas en los artículos 56 a 59 de la presente Acta» (art. 55).

Las medidas transitorias disponen:

1. Los artículos 1 a 6 del Reglamento CEE 1612/68 (título primero, «del acceso al empleo»), relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, «sólo serán aplicables en España, respecto de los nacionales de los demás Estados miembros y en los demás Estados miembros respecto de los nacionales españoles, a partir del 1 de enero de 1993» (art. 56.1 Acta), o, en relación con los nacionales de Luxemburgo y España, a partir de 1 de enero de 1996 (art. 56.1.3 Acta).

2. España y los demás Estados miembros podrán mantener en vigor hasta el 31 de diciembre de 1992, respectivamente, en relación con los nacionales de los demás Estados miembros, por una parte, y de los nacionales españoles, por otra, «las disposiciones nacionales o que resulten de acuerdos bilaterales que sometan a previa autorización la inmigración con miras a ejercer un trabajo por cuenta ajena y/o el acceso a un empleo por cuenta ajena» (art. 56.1 .2 Acta).

Este sistema se instrumenta a través del RD 1099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de Estados miembros de las Comunidades Europeas, cuyo artículo 14 establece, a los efectos de la aplicación del régimen transitorio prevenido en los artículos 56 a 59 del Acta de adhesión, que a estos trabajadores (ciudadanos de un Estado miembro de la CEE que, en la fecha de adhesión de España a la misma, se encuentren regularmente empleados, de forma permanente, en España, en desempleo involuntario o en situación de incapacidad laboral transitoria, o que,

con posterioridad a la adhesión haya sido autorizado a ocupar en territorio español un empleo permanente, o por tiempo no inferior a un año, a partir del momento en que deba proceder a la renovación de su permiso) se les concederá, si lo solicitan reglamentariamente, un *permiso de trabajo* válido para cinco años y no sujeto a limitación por razón de territorio, sector o actividad profesional, y un *permiso de residencia* de la misma duración. La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, señalaba ya que sus normas se entienden sin perjuicio de lo establecido en los Tratados internacionales en los que sea parte España (art. 3).

3. En la medida en que determinadas disposiciones de la Directiva 68/360/CEE, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, sean indisolubles de las del Reglamento CEE 1612/68, cuya aplicación ha sido aplazada en virtud del artículo 56, España, por una parte, y los demás Estados miembros, por otra, «tendrán la facultad de apartarse de estas disposiciones en la medida necesaria para la aplicación de las excepciones previstas en el artículo 56 en relación con dicho Reglamento» (art. 58 Acta).

4. España y los demás Estados miembros adoptarán, con la ayuda de la Comisión, las medidas necesarias para que pueda hacerse extensiva a España, a más tardar, el 1 de enero de 1993, la aplicación de la Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 1972, relativa al sistema uniformado establecido en aplicación del Reglamento CEE 1612/68 del Consejo, denominado sistema «Sedoc», y de la Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1972, relativa al «esquema comunitario» para la recopilación y la difusión de las informaciones previstas en el apartado 3 del artículo 14 del referido Reglamento (art. 59 Acta).

En resumen, durante el período transitorio se aplaza únicamente la efectividad de la igualdad en materia de *acceso al empleo*, y no así la igualdad de trato con los nacionales del país respecto a las condiciones laborales y a todas las ventajas sociales que aquéllos disfruten, ni los demás derechos de los trabajadores o de sus familiares que forman parte del contenido de la libre circulación de los trabajadores comunitarios.