

# Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el primer semestre de 1998

LOURDES LÓPEZ CUMBRE \*

SUMARIO: 1. LIBRE CIRCULACION DE TRABAJADORES.—1.1. Libertad de estancia y desplazamiento.—a) Exigencia de tarjeta de identidad válida.—b) Indemnización por gastos de desplazamiento.—1.2. Libre circulación de trabajadores.—a) Cómputo de la prestación de servicios realizadas en otro Estado miembro.—b) Doble imposición de las rentas de trabajo.—1.3. Libre prestación de servicios.—a) Reconocimiento de títulos profesionales.—b) Acceso a la función pública.—1.4. Libertad de empresa. Libre ejercicio de la actividad económica.—2. SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES.—2.1. De los trabajadores por cuenta ajena. Acción protectora.—a) Prestaciones contributivas: Prestaciones por maternidad. Prestación para minusválidos. Reglas de incompatibilidad entre prestaciones.—b) Prestaciones asistenciales. La lucha contra la exclusión social.—c) Asistencia sanitaria y cuidados especiales: Asistencia médica. Cuidados especiales por terceras personas para enfermos.—2.2. De los funcionarios públicos. Acción protectora.—a) Jubilación forzosa.—b) Prestaciones familiares por hijo a cargo.—3. IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES.—3.1. En materia de empleo.—a) Despido discriminatorio.—b) Retribución en especie. Discriminación basada en la orientación sexual de la trabajadora.—c) Calificación profesional.—3.2. En materia de Seguridad Social. Diferente edad de jubilación para hombres y mujeres.—4. RELACIONES LABORALES.—4.1. Contratación temporal.—4.2. Utilización ilícita de mano de obra.

## 1. LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

### 1.1. Libertad de estancia y desplazamiento

#### a) *Exigencia de tarjeta de identidad válida*

**L**a Sentencia Comisión/Alemania de 30 de abril de 1994, C-24/97 se pronuncia sobre la ley alemana que re-

gula la entrada y estancia de los nacionales de los Estados miembros de la UE. En virtud de la misma se considera que incurre en infracción administrativa todo aquel que, en su calidad de persona que tiene derecho a la libre circulación conforme a dicha Ley, se encuentra en territorio alemán sin estar en posesión del pasaporte necesario, de un documento que haga las veces de pasaporte, de una autorización de estancia o, en su caso, sin que su estancia haya sido tolerada. En relación a los nacionales alemanes, la ley prevé que incurrirá en infracción administrativa quien, intencionada-

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

mente o por negligencia, no solicite una tarjeta de identidad para sí o para un menor del cual sea el representante legal, cuando esté obligado a ello; o quien no presente una tarjeta de identidad a petición de una autoridad competente.

En un escrito de requerimiento dirigido al Gobierno alemán, la Comisión criticó el trato dispensado por las autoridades alemanas a los nacionales de los demás Estados miembros que se encuentran en su territorio cuando incumplen la obligación de estar en posesión de una tarjeta de identidad válida. En opinión de la Comisión, dicho trato resulta discriminatorio en relación con el que se aplica a los nacionales alemanes. Mediante diferentes escritos, el Gobierno alemán reconoció la existencia de una discriminación y declaró hallarse dispuesto a introducir las modificaciones necesarias. Al no haberse efectuado la modificación anunciada, la Comisión dirige un dictamen motivado al Gobierno alemán, en el cual le insta a adoptar las medidas necesarias para cumplir sus obligaciones en un plazo de dos meses contados a partir de su notificación. El silencio del Gobierno alemán en este punto obliga a interponer el recurso que origina el pronunciamiento que se analiza.

2. De acuerdo con el art. 48 del Tratado, desarrollado por la Directiva 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, y con los arts. 52 y 59 del Tratado, desarrollados por la Directiva 73/148, de 21 de mayo de 1973 relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, la entrada y residencia en el territorio de los Estados miembros de las personas a las que se aplica el Derecho comunitario ha de estar exenta de cualquier medida que implique una discriminación por razón de la naciona-

lidad (STJCEE Royer, de 8 de abril de 1976, C-48/75). Por su parte, tanto la Directiva 68/360 como la Directiva 73/148 disponen que los Estados miembros reconocerán el derecho de estancia en su territorio a los nacionales de los Estados miembros, así como a los miembros de sus familias que puedan presentar una tarjeta de identidad o de un pasaporte en vigor. No obstante lo anterior, el Derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro lleve a cabo controles del cumplimiento de la obligación de hallarse en todo momento en condiciones de presentar un documento de estancia, siempre que se imponga una obligación idéntica a sus propios nacionales en lo relativo a su tarjeta de identidad (STJCEE Comisión/Bélgica, de 27 de abril de 1989, C-321/87). De esta forma, en caso de incumplimiento de esta obligación, las autoridades nacionales pueden imponer sanciones comparables a las que se aplican a las infracciones nacionales leves, como es el caso de las previstas para el supuesto de no llevar consigo una tarjeta de identidad, siempre que no se establezca una sanción desproporcionada, que constituiría un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores (STJCEE Messner, de 2 de diciembre de 1989, C-265/88). El establecimiento por parte de las autoridades alemanas de sanciones de elevada cuantía así como su reticencia a adoptar medidas en este punto conduce al TJCEE a considerar, tras el reclamo de la Comisión en este litigio, que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los art. 48, 52 y 59 del Tratado, así como del art. 4 de las Directivas 68/630 y 73/148, respectivamente, al dispensar a los nacionales de los demás Estados miembros que se encuentran en territorio alemán un trato completamente distinto, en lo relativo al grado de culpabilidad y a las multas que pueden imponerse, del que aplica a sus propios nacionales cuando incumplen de una forma comparable su obligación de estar en posesión de una tarjeta de identidad válida.

b) *Indemnización por gastos de desplazamiento*

1. En la Sentencia Comisión/Lozano Palacios, de 28 de mayo de 1998, C-62/97, el TJCEE resuelve el recurso planteado por la Comisión contra la Sra. Lozano Palacios, de nacionalidad española. La parte recurrida, funcionaria del Ministerio español de Trabajo y Seguridad Social cuando fue adscrita a la Comisión en Bruselas durante un período de dos años, con arreglo a la Decisión PEE/894/88 de la Comisión por la que se establece el régimen aplicable a los expertos nacionales en comisión de servicios en los servicios de la Comisión, consiguió con posterioridad la prórroga de su comisión de servicios. Mientras estuvo en comisión de servicios, la Sra. Lozano Palacios siguió siendo retribuida por el Ministerio español de Trabajo y Seguridad Social y continuó cumpliendo sus obligaciones fiscales en España. Sin embargo, con arreglo al art. 7 de la Decisión citada estaba obligada a residir en su lugar de destino. Por consiguiente, vivía en Bruselas, donde había alquilado un apartamento. La Sra. Lozano fue nombrada funcionaria en prácticas de la Comisión y destinada a Bruselas. La Comisión reconocería Bruselas como lugar de selección y lugar de origen de la parte recurrida en casación, de forma que le denegó la indemnización por gastos de instalación prevista en el art. 5.1 del Estatuto, el reembolso de los gastos de viaje, el reembolso de los gastos de transporte de mobiliario y enseres y las indemnizaciones diarias. Por el contrario, se le concedió la indemnización por expatriación prevista en dicho Estatuto. La parte recurrida en casación presentó una reclamación contra dicha decisión, con arreglo al art. 90.2 del Estatuto. Solicitó que se reconociera Madrid como su lugar de selección, que se reconociera Albacete (España) como el lugar donde se centran sus intereses y que, por consiguiente, se le concedieran la indemnización por gastos de instalación, las indemnizaciones diarias y el reembolso de los gastos de transporte de mobiliario y enseres y de viaje. Pero la Comisión denega-

ría expresamente la citada reclamación, rectificando el lugar de origen de la parte recurrida en casación y fijándolo en Albacete, lugar donde residen sus padres. La Sra. Lozano sería nombrada funcionaria con carácter definitivo con posterioridad.

2. En el recurso de casación, la Comisión afirma que el Tribunal de Primera Instancia ha incurrido en un error de Derecho al interpretar el Estatuto, en relación con los requisitos que dan derecho a la indemnización por gastos de instalación. A este respecto, se refiere, por una parte, al contexto en el cual se inserta esta última disposición y alega que el art. 71 del Estatuto prevé que «el funcionario tendrá derecho al reembolso de los gastos en que hubiere incurrido con ocasión de su incorporación al servicio». Por otra parte, el Estatuto incluye la indemnización por gastos de instalación en el reembolso de los gastos. Por consiguiente, esta indemnización tiene por objeto cubrir los gastos efectivamente realizados o susceptibles de serlo. Esta interpretación es la única que resulta compatible con el principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa y con la obligación de una adecuada gestión de los fondos públicos. En definitiva, el sentido y la finalidad de la indemnización por gastos de instalación apoyan también esta interpretación. La jurisprudencia ha declarado que su finalidad es permitir al funcionario compensar los inevitables gastos ocasionados por su integración en un medio nuevo por un período indeterminado, si bien sustancial. Ahora bien, la parte recurrida en casación ya se había instalado en Bruselas casi antes de ser nombrada funcionaria en prácticas y, por lo tanto, se había integrado ya en su lugar de destino. Considera el TJCEE que del art. 5.1 del Estatuto se deduce claramente que el funcionario titular que reúna las condiciones que dan derecho a la indemnización por expatriación tendrá derecho a la indemnización por gastos de instalación. De esta forma, en el momento de ser nombrado con carácter definitivo, el funcionario tiene automáticamente derecho a la indemnización por gastos de instalación, a tan-

to alzado e indivisible, con la condición de que el propio funcionario tenga derecho a la indemnización por expatriación y de que su instalación en el lugar de su destino haya quedado acreditada, sin que tenga que demostrar a este respecto la existencia de gastos efectivos. Ello se deduce asimismo indiscutiblemente del art. 5.3 del Estatuto. Esta interpretación resulta corroborada por la finalidad de la indemnización por gastos de instalación, que pretende compensar los inevitables gastos que supone para la persona interesada el paso de una situación precaria, normalmente de funcionario en prácticas, a la situación estable de funcionario titular, que requiere de un esfuerzo de integración en su lugar de destino por un período indeterminado, si bien sustancial.

Pues bien, el funcionario titular tiene derecho a la citada indemnización con independencia de que en la mayoría de los casos siga instalado en el mismo lugar que antes. Esta es también la razón por la cual, cuando un funcionario es nombrado con carácter definitivo y se le concede la indemnización por gastos de instalación, finaliza el pago de las indemnizaciones diarias que, en su caso, pudiera percibir, cuya finalidad es compensar los inconvenientes ocasionados por la situación precaria de un funcionario en prácticas. Del conjunto de todas estas consideraciones anteriores se desprende que el Tribunal de Primera Instancia ha decidido con acierto que la parte recurrida en casación tenía derecho a la indemnización por gastos de instalación, desestimando el TJCEE el recurso de casación planteado por la Comisión.

## 1.2. Libre circulación de trabajadores

### a) *Cómputo de la prestación de servicios realizada en otro Estado miembro*

1. En la Sentencia Schning-Kougebetopoulou, de 15 de enero de 1998, C-15/96 se cuestiona la interpretación del art. 48 del Tra-

tado así como la del art. 7 del Reglamento 1612/68, de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. Esta necesidad surge como consecuencia del litigio entre la Sra. Schning-Kougebetopoulou, de nacionalidad griega, y la Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo, relativo a su clasificación en un grado retributivo superior con arreglo al Convenio Colectivo Federal de los Empleados de la Administración Pública. De acuerdo con el Anexo 1 de dicho Convenio los médicos especialistas que desempeñen dicha actividad después de ocho años de ejercicio de su profesión en el grado retributivo I b) deberán ser clasificados en el grado I a), nivel 4. La demandante, médico especialista de la Administración Pública de Hamburgo y sometida a dicho Convenio, se encontraba dentro del grado retributivo I b) del nivel 7. Durante seis años prestó servicios, como médico especialista, en la Administración Pública griega, rigiéndose por la normativa aplicable a los funcionarios de dicho Estado. Este período no fue, sin embargo, tenido en cuenta para determinar su antigüedad al objeto de obtener una nueva clasificación en un grado retributivo superior, considerando la demandante ser objeto de una discriminación indirecta contraria al artículo 48 del Tratado y al art. 7.1 y 7.4 del Reglamento 1612/68. En atención a dichos preceptos «en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo... Toda cláusula de convenio colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, al empleo, a la retribución y a las demás condiciones de trabajo y despido, será nula de pleno derecho en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros».

En numerosas ocasiones, el TJCEE ha proclamado su incompetencia, dentro del marco de la aplicación del art. 177 del Tratado, para pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario. No obstante, el Tribunal puede deducir del texto de las cuestiones formuladas por el Juez nacional, a la luz de los datos expuestos por éste, los elementos que dependen de la interpretación del Derecho comunitario, a fin de permitir a dicho Juez resolver el problema jurídico de que conoce (STJCEE Eurico Italia y otros, de 3 de marzo de 1994, C-332/92, C-333/92 y C-335/92). En relación al asunto que nos ocupa la actividad de médico especialista desempeñada en el presente caso por la interesada tanto en la Administración Pública del Estado miembro de origen como en la del Estado miembro de acogida deben considerarse comparables.

A este respecto, recuerda el TJCEE que se trata de una profesión regulada a nivel comunitario y que, además, el art. 48 del Tratado enuncia el principio fundamental de la libre circulación de los trabajadores. Por su parte, el art. 7.4 del Reglamento 1612/68, el cual no hace sino aclarar y poner en práctica determinados derechos ya reconocidos en el art. 48 del Tratado (Sentencia Scholz, de 23 de febrero de 1994, C-419/92), garantiza la igualdad de trato de los trabajadores nacionales de los demás Estados miembros con respecto a cualquier cláusula de un Convenio Colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente, en particular, a la retribución. Por lo demás, la excepción establecida en el art. 48.4 del Tratado, según la cual las disposiciones relativas a la libre circulación de los trabajadores no serán aplicables «a los empleos en la Administración Pública», no se refiere, entiende el TJCEE, más que al acceso de nacionales de otros Estados miembros a determinadas funciones en la Administración Pública (Sentencia Grahame y Hollanders, de 13 de noviembre de 1997, C-248/96). A este respecto, considera el TJCEE que la excepción destacada no se refiere a las actividades de médico especialista, que no implican parti-

cipación alguna, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas (Sentencia Comisión/Bélgica, de 17 de diciembre de 1980, C-149/79). De este modo, al no existir una armonización y, ni siquiera, una coordinación de las normas nacionales de organización y de funcionamiento aplicables a la Función Pública, el reconocimiento de los servicios prestados a una Administración Pública de un Estado miembro trastornaría la aplicación de los distintos regímenes aplicables a los empleos públicos en los demás Estados miembros, especialmente por lo que se refiere a la forma de tener en cuenta la antigüedad en materia de promoción interna y de desarrollo de la carrera. Teniendo en cuenta que, de acuerdo con las alegaciones efectuadas a lo largo del proceso, el ascenso por antigüedad previsto en el citado Convenio, a semejanza de los Convenios Colectivos del sector privado, tiene como finalidad recompensar la fidelidad de un empleado frente a determinado grupo de empleadores y motivarlo por la perspectiva de mejorar su situación financiera, el TJCEE considera que el Derecho comunitario no se opone a que se recompense de esta forma la fidelidad de un trabajador hacia un empresario particular.

2. Procede examinar, por tanto y desde otra perspectiva, si una cláusula de un Convenio Colectivo aplicable a la Administración Pública de un Estado miembro, como la que aquí se cuestiona, puede violar el principio de no discriminación consagrado en el art. 48 del Tratado y en el art. 7.1 y 7.4 del Reglamento 1612/68 y, en su caso, si tales disposiciones están justificadas por consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de los trabajadores afectados y si son proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (Sentencia O'Flynn, de 13 de mayo de 1996, C-237/94). Considerando que el Convenio Colectivo aludido excluye toda posibilidad de tener en cuenta los períodos de empleo cubiertos en la Administración Pública de otro Estado

miembro actúa, de esta forma, en perjuicio de los trabajadores migrantes que hayan desarrollado una parte de su carrera en la Administración Pública de otro Estado miembro. En consecuencia, pueden violar, por este motivo, el principio de no discriminación consagrado tanto en el art. 48 del Tratado como en el art. 7.1 y 7.4 del Reglamento 1612/68. En las circunstancias del presente caso, esta afirmación no puede cuestionarse ni por el hecho de que algunos empleados de la Administración Pública alemana pudieran hallarse en la misma situación que los trabajadores migrantes ni por el hecho de que la Función Pública se rija en los Estados miembros por normas de organización y de funcionamiento diferentes. Por tanto, entiende definitivamente el TJCEE que los arts. 48 del Tratado y 7.1 y 7.4 del Reglamento 1612/78 se oponen a una cláusula de un Convenio Colectivo aplicable a la Administración Pública de un Estado miembro que prevé, para los empleados de dicha Administración Pública, un ascenso por antigüedad después de ocho años de actividad en un grado retributivo determinado por dicho Convenio, sin tener en cuenta los períodos de empleo, cubiertos anteriormente en la Administración Pública de otro Estado miembro, en un ámbito de actividad comparable. Todo ello supone que, en virtud del art. 7.4 del Reglamento 1612/68 una cláusula como la que se cuestiona es nula de pleno Derecho, en la medida en que prevé o autoriza unas condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de los demás Estados miembros.

Resulta obligado, por tanto, determinar las consecuencias que se derivan de la aplicación de dicho precepto mientras las partes del Convenio Colectivo no hayan introducido las modificaciones necesarias para eliminar dicha discriminación. Se impone, en tal caso, la aplicación de la jurisprudencia del TJCEE relativa al principio de la igualdad de retribución de los trabajadores masculinos y femeninos. En atención a la misma, ante una disposición que supone una discriminación

para las mujeres, los miembros del grupo perjudicado deben ser tratados de la misma forma y debe aplicárseles el mismo régimen que a los demás trabajadores, régimen que, a falta de una adaptación correcta del ordenamiento jurídico nacional al art. 119 del Tratado, es el único sistema de referencia válido (SSTJCEE Van Cant, de 1 de julio de 1993, C-154/92, Nimz, de 7 de febrero de 1991, C-184/89, Kowalska, de 27 de junio de 1990, C-33/89, McDermott y Cotter, de 24 de marzo 1987, C-286/85). En tal situación en la que se pretende, como se apuntara, la nulidad de una cláusula del Convenio Colectivo, el juez nacional está obligado, sin pedir o esperar a la previa eliminación de esta cláusula mediante la negociación colectiva o cualquier otro procedimiento, a aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el mismo régimen que se aplica a los demás trabajadores.

3. Con el mismo fondo de debate se plantea el pronunciamiento del TJCEE en la Sentencia Comisión/Grecia de 12 de marzo de 1998, C-187/96. La exclusión en disposiciones normativas o en la práctica administrativa de la posibilidad de considerar, a efectos de la concesión del complemento de antigüedad y de la clasificación en la escala salarial de los empleados de la Administración Pública, los servicios prestados en la Administración Pública de otro Estado miembro, debido únicamente a que dichos servicios no han sido prestados en la Administración Pública nacional, en este caso la Administración griega, constituye el principal objeto de dicho pronunciamiento. La denuncia que provoca la Sentencia objeto de análisis proviene de un particular, de nacionalidad griega, que trabaja como músico en la Orquesta de Tesalónica, persona jurídica de Derecho público, a la que está vinculado por un contrato regido por el Derecho privado. El interesado había trabajado con anterioridad en la Orquesta Municipal de Niza (Francia) durante cinco años. La denuncia del interesado se refiere a la negativa de las autoridades helénicas a tener en cuenta, a efectos de su clasificación en

la escala salarial y de la concesión del complemento de antigüedad, los cinco años trabajados en Francia, mientras que, si hubiera trabajado ese mismo período en una orquesta municipal en Grecia, este período habría sido computado.

Recuerda el TJCEE que la excepción establecida en el art. 48.4 del Tratado, según la cual las disposiciones relativas a la libre circulación de los trabajadores no son aplicables «a los empleos en la Administración Pública», no es pertinente en el presente asunto, ya que dicha disposición se limita a prever la posibilidad de que los Estados miembros impidan a los nacionales de otros Estados miembros el acceso a determinadas funciones en la Administración Pública (STJCEE Grahame y Hollanders, de 13 de noviembre de 1997, C-248/96). La excepción no se refiere a los elementos que un Estado miembro tiene en cuenta cuando establece las condiciones de retribución de un trabajador que ya ha sido admitido en su Administración Pública. Además, según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato recogido tanto en el art. 48 del Tratado como en el art. 7 del Reglamento 1612/68 prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado (STJCEE Meints, de 27 de noviembre de 1997, C-57/96). A menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada a la finalidad perseguida, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros.

De las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión y en el proceso de recurso, desprende con claridad el TJCEE que las disposiciones de la legislación controvertida, al menos en su aplicación, excluyen cual-

quier posibilidad de tener en cuenta, a efectos de la clasificación de un trabajador en la escala salarial y de la concesión del complemento de antigüedad, los períodos de servicios prestados en la Administración Pública de un Estado miembro que no sea la República Helénica, mientras que los períodos de servicios ya prestados en la Administración griega son tomados en consideración en algunos casos. Por consiguiente, esta norma, que «evidentemente redundaba en detrimento de los trabajadores migrantes que hayan cumplido una parte de su carrera en la Administración Pública de un Estado miembro que no sea la República Helénica», puede violar, por ello, el principio de no discriminación consagrado por el art. 48 del Tratado y por el art. 7.1 del Reglamento 1612/68. Por lo tanto, aun cuando no existan disposiciones comunitarias específicas para ello, incumbe a la República Helénica determinar, a instancia del interesado, si el empleo ocupado por éste en otro Estado miembro es equivalente a un empleo de la Administración griega tenido en cuenta a efectos de la clasificación en la escala salarial y de la concesión de un complemento de antigüedad. La circunstancia de que el Estado miembro de que se trata considere que dicha comparación es difícil de realizar en la práctica, no puede justificar, en ningún caso, su negativa a efectuarla. Al no haber invocado la República Helénica ningún otro elemento que pueda justificar objetivamente el trato discriminatorio de los trabajadores migrantes denunciado por la Comisión, procede declarar que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y, en particular, de las disposiciones del art. 48 del Tratado y del art. 7.1 del Reglamento 1612/68, al excluir, en disposiciones de su normativa o en la práctica administrativa, la posibilidad de considerar, a efectos de la concesión del complemento de antigüedad y de la clasificación en la escala salarial de los empleados de la Administración Pública griega,

los servicios prestados en la Administración Pública de otro Estado miembro, debido únicamente a que dichos servicios no han sido prestados en la Administración Pública nacional.

b) *Doble imposición de las rentas de trabajo*

1. En la Sentencia Gilly, de 12 de mayo de 1998, C-336/96, se resuelve el litigio planteado por el Sr. y la Sra. Gilly, residentes en Francia, cerca de la frontera alemana. El Sr. Gilly, de nacionalidad francesa, es profesor en un centro público de enseñanza en Francia. La Sra. Gilly, de nacionalidad alemana y que adquirió también la nacionalidad francesa por su matrimonio, es maestra en una escuela pública en Alemania, situada en la región fronteriza. Por lo que se refiere a la tributación de los rendimientos del trabajo asalariado, del art. 13 del Convenio suscrito para evitar la doble imposición entre Francia y Alemania se deduce que los rendimientos de un trabajo asalariado sólo podrán someterse a imposición en el Estado contratante en el que se ejerza la actividad personal que genere dichos ingresos. En particular, se considerarán como rendimientos procedentes de un trabajo asalariado los sueldos, retribuciones, salarios, gratificaciones u otros emolumentos. Se establece asimismo una excepción a la regla de la tributación en el país de empleo para los trabajadores fronterizos asalariados, los cuales podrán ser gravados en el Estado de residencia en relación a los rendimientos del trabajo asalariado de las personas que trabajen en la zona fronteriza de un Estado contratante y que tengan su domicilio permanente en la zona fronteriza del otro Estado contratante, al que regresan normalmente cada día, de tal forma que sólo estarán sujetas a imposición en este otro Estado. Sin embargo, por lo que se refiere a los contribuyentes que perciben retribuciones o pensiones del sector público, el art. 14 del Convenio prevé que: «los sueldos, salarios y retribuciones análogas así como las pensiones de jubilación pagadas por uno de los Estados con-

tratantes, por un Land o por una persona jurídica de Derecho público de este Estado o Land a personas físicas residentes en el otro Estado en contraprestación de servicios administrativos o militares, actuales o anteriores, sólo quedarán sometidas a imposición en el primer Estado». No obstante, esta disposición no será aplicable cuando las retribuciones se abonen a personas que tengan la nacionalidad del otro Estado miembro sin ser a la vez ciudadanos del primer Estado; en este caso, las retribuciones sólo podrán someterse a imposición en el Estado en el que residan. Por su parte, el art. 16 del Convenio contiene una disposición específica aplicable al personal docente que resida provisionalmente, en la que se prevé que «los profesores o maestros residentes en uno de los Estados contratantes y que, con motivo de una estancia en el otro Estado de una duración limitada, como máximo, a dos años, perciban una retribución por una actividad pedagógica ejercida en una universidad, una escuela superior, una escuela o cualquier otro centro de enseñanza en el otro Estado, sólo podrán someterse a imposición por este concepto en el primer Estado».

En el presente caso, los sueldos públicos percibidos por la Sra. Gilly en Alemania, fueron gravados en Alemania, ya que ella es de nacionalidad alemana, de conformidad con el art. 14 del Convenio. Dichos sueldos estuvieron también sujetos a imposición en Francia por aplicación del art. 20 del Convenio. Sin embargo, en virtud de esta misma disposición, la tributación de dichos rendimientos en Alemania abrió derecho a una deducción por compensación de impuestos satisfechos en el extranjero equivalente al importe del impuesto francés correspondiente a los citados rendimientos. En los recursos que interpusieron ante el tribunal administrativo de Estrasburgo, el Sr. y la Sra. Gilly afirmaron que la aplicación de las disposiciones antes citadas del Convenio provocó una tributación excesiva, injustificada y discriminatoria, incompatible en particular con los arts. 6, 48 y 220 del Tratado CE. En atención a este doble gravamen,

procedieron a solicitar la condonación de los tributos controvertidos y la devolución por parte de la Administración tributaria del importe de los tributos que en su opinión habían sido cobrados indebidamente.

2. Como ya ha tenido ocasión de declarar el TJCEE en anteriores ocasiones (STJCEE Mutsch, de 11 de julio de 1985, C-137/84), el art. 220 del Tratado no tiene por objeto establecer una norma jurídica operativa como tal, sino que se limita a trazar el marco de una negociación que los Estados miembros entablarán entre sí «en tanto sea necesario» y cuyo objetivo principal ha de ser el de la posible supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad. Aun cuando esta última figura entre los objetivos del Tratado, del texto de esta disposición se desprende que ésta no puede como tal conferir a los particulares unos derechos que éstos puedan invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Por tanto, el art. 220 del Tratado carece de efecto directo. Procede, pues, comprobar si una situación como la que se contempla está regulada por las normas del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores. La Sra. Gilly adquirió, por su matrimonio, la nacionalidad francesa y ejerce su actividad profesional en Alemania pese a que haya establecido su residencia en Francia. En estas circunstancias, debe ser considerada, en este último Estado, como un trabajador que ejerce su derecho de libre circulación, tal como está garantizado por el Tratado, para ejercer una actividad en un Estado miembro distinto de aquel en que reside. El hecho de que haya conservado la nacionalidad del Estado de empleo no permite en modo alguno cuestionar el que, para las autoridades francesas, la interesada, de nacionalidad francesa, ejerce su actividad profesional en el territorio de otro Estado miembro (STJCEE Gullung, de 19 de enero de 1988, C-292/86). Un supuesto como el planteado se halla, a juicio del TJCEE, comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 48 del Tratado.

No obstante, los Estados miembros, que tienen competencia para establecer los criterios de imposición de las rentas y del patrimonio con el fin de suprimir, llegado el caso mediante acuerdos, la doble imposición, han concluido numerosos convenios bilaterales inspirándose, en particular, en los modelos de convenio relativos a la renta y al patrimonio elaborados por la OCDE. En este contexto, el Convenio entre Francia y Alemania establece que, con carácter general, los trabajadores están sujetos a tributación en el Estado en el que ejercen la actividad personal fuente de los rendimientos. Por su parte, para los contribuyentes que perciben rendimientos del sector público, el art. 14 del Convenio prevé que, en principio, están sujetos a tributación en el Estado que los abona. Esta última regla tiene asimismo una excepción. Cuando las retribuciones se abonan a personas que poseen la nacionalidad del otro Estado sin ser a la vez ciudadanos del primer Estado, estarán sujetas a tributación en el Estado en el que residan los contribuyentes. A lo que es necesario añadir la disposición específica referida al personal docente y contenida en el art. 16 del Convenio, como antes se apuntara. Esta última categoría de contribuyentes está sujeta a imposición en el Estado originario de empleo. De esta forma, parece que los arts. 13, 14 y 16 del Convenio contienen criterios de sujeción distintos según que los contribuyentes sean trabajadores fronterizos o no, según que sean personal docente cuya estancia sea de corta duración o no, o incluso según que desempeñen su actividad en el sector privado o en el sector público. Por lo que se refiere, en particular, a esta última categoría de trabajadores, en principio están sujetos a imposición en el Estado que abona las retribuciones, salvo si tienen la nacionalidad del otro Estado contratante, sin ser a la vez ciudadanos del primero, en cuyo caso están sujetos a imposición en el Estado de residencia.

3. Pese a ello, y aun cuando el criterio de nacionalidad figura como tal en el art. 14 del Convenio, en orden al reparto de la compe-

tencia fiscal, no puede considerarse que tales diferencias constituyan discriminaciones prohibidas por el art. 48 del Tratado. Al no existir medidas de unificación o de armonización a nivel comunitario, en particular al amparo del art. 220 del Tratado, dichas diferencias derivan de la competencia atribuida a las partes contratantes para fijar los criterios de reparto entre ellas de su poder tributario, con el fin de suprimir la doble imposición. Siempre en orden al reparto de la competencia fiscal, no deja de ser razonable que los Estados miembros se inspiren en la práctica internacional y en el modelo de convenio elaborado por la OCDE que prevé la utilización del principio del Estado que abona las retribuciones. No está acreditado, sin embargo, en este caso, que la designación del Estado que abona las retribuciones como Estado competente en materia de imposición de los rendimientos percibidos del sector público pueda tener, por sí misma, repercusiones negativas para los contribuyentes afectados. El carácter favorable o desfavorable del trato fiscal de los contribuyentes afectados no depende de la elección del criterio de sujeción, sino del nivel de imposición del Estado competente, al no existir una armonización, a nivel comunitario, de los baremos de impuestos directos. Por tanto, el art. 48 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de las disposiciones aquí analizadas, las cuales establecen un régimen tributario diferente, por una parte, para los trabajadores fronterizos según que trabajen en el sector privado o en el sector público y, cuando trabajan en el sector público, según que tengan o no la nacionalidad del Estado al que pertenece la Administración en la que prestan sus servicios y, por otra parte, para el personal docente según que su estancia en el Estado en el que ejercen su actividad profesional sea de corta duración o no. Tampoco se opone el art. 48 del Tratado a que los trabajadores fronterizos que ejercen su actividad en el sector público de un Estado miembro se encuentren sometidos a un régimen tributario diferente según que tengan

o no la nacionalidad de este último Estado. Según reiterada jurisprudencia, el art. 6 del Tratado, que establece el principio general que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad, está destinado a aplicarse de manera independiente sólo en situaciones reguladas por el Derecho comunitario para las que el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación (STJCEE Mora Romero, de 25 de junio de 1997, C-131/96). En el ámbito de la libre circulación de los trabajadores, el principio de no discriminación fue precisamente aplicado y concretado por el artículo 48 del Tratado, así como por actos de Derecho derivado y, en particular, por el Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Un asunto como el planteado en este litigio se encuentra, pues, comprendido dentro del ámbito de aplicación del art. 48 del Tratado.

### 1.3. Libre prestación de servicios

#### a) *Reconocimiento de títulos profesionales*

1. Los Sres. Kapasakalis, Skiathitis y Kougiagkas plantean una reclamación contra el Estado helénico acerca del resarcimiento de los daños supuestamente causados por la no adopción por dicho Estado de los Decretos presidenciales previstos por las disposiciones, tanto de Derecho nacional como de Derecho comunitario, para la salvaguarda de los intereses profesionales de los titulados de los Centros de Formación Tecnológica. La Sentencia Kapasakalis de 2 de junio de 1998, Asuntos acumulados, C-225/1995, C-226/95 y C-227/95, resolverá planteando, para ello, la correcta interpretación de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. La Directiva enuncia las circunstancias en que un Estado miembro está

obligado a reconocer la equivalencia entre formaciones profesionales de una duración mínima de tres años reconocidas por títulos de enseñanza superior expedidos por una autoridad de otro Estado miembro y los títulos de enseñanza superior que reconocen formaciones adquiridas en su propio territorio. El sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior no tiene por objeto modificar las normas profesionales, incluso deontológicas, aplicables a las personas que ejerzan una actividad profesional en el territorio de un Estado miembro, ni sustraer a los migrantes de la aplicación de estas normas; dicho sistema se limita, en efecto, a prever medidas adecuadas que permitan garantizar que el migrante se atenga a las normas profesionales del Estado miembro de acogida. A tenor del art. 2 de la Directiva, esta última se aplicará a todos los nacionales de un Estado miembro que se propongan ejercer, por cuenta propia o ajena, una profesión regulada en un Estado miembro de acogida.

Los Centros de Formación Tecnológica son personas jurídicas de Derecho público, creadas por la normativa griega por la que se regula la estructura y el funcionamiento de dichos centros. Están integrados en el ciclo superior de la formación profesional y sometidos al control del Ministerio de Educación Nacional y Cultos, y tienen la misión de impartir una enseñanza teórica y práctica suficiente para aplicar a la profesión conocimientos y aptitudes científicas, técnicas, artísticas o de otra índole. De acuerdo con la norma helénica, se reconocería la titulación correspondiente a los diplomados de los Centros de formación anteriores por lo que se refiere a las especialidades existentes, con una antelación mínima de seis meses sobre la graduación de la primera promoción de dichos Centros y, por lo que respecta a las nuevas especialidades, simultáneamente con su creación o con la apertura de las correspondientes Secciones. Los mismos Decretos presidenciales habían de definir los requisitos y demás detalles relativos a la concesión de la licencia de ejercicio profesional cuando fuera necesaria.

2. Los Sres. Kapasakalis, Skiathitis y Kougiagkas, de nacionalidad griega, están en posesión de títulos expedidos por los Centros de Formación citados y ejercen la profesión de Ingeniero Técnico en Grecia, con la especialidad de mecánica, los dos primeros, y de construcción, el último. Debe recordarse primeramente que la Directiva 89/48/CEE, que se basa en los arts. 49, 57 y 66 del Tratado, tiene la finalidad de facilitar la libre circulación de personas y servicios permitiendo a los nacionales de los Estados miembros ejercer una profesión por cuenta propia o por cuenta ajena en un Estado miembro distinto de aquél en el que hayan adquirido su capacitación profesional. Por su parte, la Directiva sólo se aplica a los nacionales de un Estado miembro que se propongan ejercer, por cuenta propia o ajena, una profesión regulada en un Estado miembro distinto al de origen y no tiene por objeto modificar las normas aplicables a las personas que ejerzan una actividad profesional en el territorio de un Estado miembro. En este caso concreto, los litigios acumulados se refieren a nacionales griegos que trabajan en Grecia. Además, los demandantes de los asuntos principales no han trabajado, ni estudiado, ni obtenido un título que reconozca una formación universitaria o profesional en un Estado miembro de la Comunidad distinto de su país de origen.

Según reiterada jurisprudencia, las normas del Tratado en materia de libre circulación y los actos adoptados para la ejecución de éstas no pueden aplicarse a actividades que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado miembro (SSTJCEE Uecker y Jacquet, de 5 de junio de 1997, Asuntos acumulados C-64/96 y C-65/96, USSL n. 47 di Biella, de 16 de enero de 1997, C-134/95 y Steen, de 28 de enero de 1992, C-332/90). Pues bien, entiende el TJCEE que la situación de los demandantes no presenta ningún punto de conexión con alguna de las

situaciones contempladas por el Derecho comunitario en el contexto de la libre circulación de personas y servicios ni en el ámbito de aplicación de la Directiva. Por consiguiente, un nacional de un Estado miembro que se encuentre en una situación cuyos elementos estén todos situados sólo en el interior de dicho Estado miembro no puede invocar los derechos conferidos por la Directiva.

#### *b) Acceso a la función pública*

1. El Consejo interpone recurso contra la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de junio de 1996, De Nil e Impens/Consejo, por medio de la cual éste anuló determinadas decisiones del Consejo por las que se denegaron las solicitudes de indemnización de las demandantes De Nil e Impens así como la decisión por la que se desestimó la reclamación de estas últimas, condenando al Consejo a una indemnización por el perjuicio material y moral, considerados conjuntamente. Un conflicto que el TJCEE resolverá en la Sentencia Nil e Impens de 14 de mayo de 1998, C-259/96. Según la sentencia impugnada, las demandantes fueron admitidas en las pruebas del concurso interno cuyo objeto era proveer quince puestos de trabajo de asistentes adjuntos de grado B 5 permitiendo a funcionarios de grado C 1 obtener la «revalorización» de su puesto de trabajo en dicho grado. Al no haber sido inscritas por el tribunal del concurso en la lista de aptitud, interpusieron, junto con otras siete interesadas, un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, quien anuló «las operaciones que siguieron a las decisiones de admisión en las pruebas del concurso interno B/228». Tras dicha sentencia, que había adquirido firmeza, el Consejo decidió, por un lado, mantener las decisiones de recalificación, adoptadas en favor de los quince aprobados del concurso B/228 y, por otro, publicar una convocatoria de concurso interno B/228 bis, cuyo objeto era proveer seis puestos de trabajo de asistentes adjuntos de grado B 5 mediante la revalorización de puestos de trabajo de grado C 1. La naturaleza y las modalidades de pun-

tuación de las pruebas del concurso B/228 bis eran idénticas a las del concurso B/228. Según la convocatoria del concurso B/228 bis, podían ser admitidos a participar en las pruebas los candidatos que ya habían sido admitidos a tomar parte en el concurso B/228. Una vez efectuadas las pruebas, en las que tomaron parte las demandantes, éstas fueron inscritas en la lista de aptitud. El puesto de trabajo de cada una de ellas fue reclasificado en el grado B 5. No obstante, las demandantes estimaron que, a pesar de dicha reclasificación, debía considerarse que el Consejo no había adoptado, de hecho, las medidas oportunas para reparar el perjuicio causado por la negativa del tribunal del concurso B/228 a inscribirlas en la lista de aptitud de dicho concurso, considerando que esta negativa les había privado de una reclasificación. Por esta razón demandaron, basando su petición en el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas, al Consejo con el fin de obtener la indemnización del perjuicio que alegaban haber sufrido a causa de la decisión ilegal del tribunal del concurso B/228.

Con arreglo al art. 176 del Tratado, incumbe a la Institución competente adoptar respecto del interesado, con observancia de los principios de la normativa comunitaria aplicable, cualquier acto que pueda reparar en justicia el perjuicio que pueda haberle irrogado el acto anulado (STJCEE Künecke/Comisión, de 5 de marzo de 1980, C-76/79). Por lo que se refiere, en primer lugar, a la fecha de la reclasificación, procede recordar que, con arreglo al art. 45.2 del Estatuto, el paso de un funcionario de una categoría a otra categoría superior sólo podrá hacerse mediante concurso. Como aprobar un concurso es, por lo tanto, un requisito indispensable para el nombramiento de un funcionario en una categoría superior (STJCEE Tontodonati/Comisión, de 12 de julio de 1973, C-28/72), este requisito debe cumplirse en la fecha efectiva del nombramiento. Este precepto se opone, por consiguiente, a un nombramiento con efectos des-

de una fecha anterior a aquella en la que se aprobó el concurso. De ello se sigue que, en el caso que nos ocupa, como las demandantes no aprobaron el concurso más que tras ser ejecutada la sentencia de instancia, sus efectos no pueden retrotraerse a la fecha de la resolución de la convocatoria inicial. Por otra parte, el art. 176 del Tratado impone, además de la obligación por parte de la Administración de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia, la de reparar el perjuicio adicional que pueda resultar del acto ilegal anulado. Por tanto, el art. 176 del Tratado no subordina la reparación del perjuicio a la existencia de un nuevo acto lesivo distinto del acto ilegal original anulado, sino que prevé la reparación del perjuicio que resulte de dicho acto y subsista después de su anulación y de la aplicación de la sentencia anulatoria por parte de la Administración.

2. Puesto que la petición de las demandantes tenía por objeto precisamente la reparación del perjuicio que derivaba del acto ilegal anulado, las objeciones del Consejo no tienen cabida. Según reiterada jurisprudencia (STJCEE Comisión/Brazzelli Lualdi y otros, de 1 de junio de 1994, C-136/92), en una demanda de daños y perjuicios formulada por un funcionario, la responsabilidad de la Comunidad supone el cumplimiento de una serie de requisitos en lo referente a la ilegalidad del comportamiento imputado a las Instituciones, la realidad del daño y la existencia de un nexo de causalidad entre el comportamiento y el perjuicio alegado. El comportamiento ilegal no radica en la negativa del Consejo a reclasificar a las demandantes con efectos desde la primera convocatoria, sino en el acto original anulado, es decir, en las operaciones que siguieron a las decisiones de admisión en las pruebas del concurso B/228. Por otra parte, es éste precisamente el acto sobre el que se funda la petición que las demandantes formularon con arreglo al art. 90.1 del Estatuto. En ningún caso puede apreciarse un perjuicio moral vinculado al estado de incertidumbre prolon-

gado en que se encontraron las demandantes por lo que se refiere a la evolución de sus carreras.

En efecto, por una parte, las razones indicadas por el Tribunal de Primera Instancia en apoyo de esta pretensión se refieren más bien a la gravedad de las irregularidades, que ya supuso la anulación de los actos condenados por la sentencia Raiola-Denti y otras/Consejo, antes citada, y no a un prolongado estado de incertidumbre de las demandantes acerca de la evolución de sus carreras. Por otra parte, para valorar el eventual perjuicio moral, el Tribunal de Primera Instancia hubiera debido tener en cuenta, además de la prolongación del estado de incertidumbre en que se encontraban las demandantes, otras circunstancias agravantes que caracterizaban su situación específica. Al no ser éste el caso, y como además las demandantes no alegan estas circunstancias, procede anular la sentencia impugnada en cuanto ésta reconoce a las demandantes un derecho a ser indemnizadas del daño moral que dicen haber sufrido. Procede, pues con arreglo al art. 54 del Estatuto del Tribunal de Justicia, desestimar la pretensión de las demandantes en lo que se refiere al daño moral. Por el contrario, no se puede descartar *a priori* que los funcionarios suspendidos en el primer concurso B/228 y que, al igual que las demandantes, superaron el segundo concurso B/228 bis hayan sufrido un perjuicio material, consistente en que su carrera no se desarrollara en el futuro de manera comparable a la de quienes aprobaron el concurso B/228 por la imposibilidad de reclasificación con efectos desde la primera convocatoria. Por último, y en relación al nexo de causalidad entre el comportamiento ilegal y el perjuicio material, incumbe al Consejo aportar la prueba de que el suspenso de las demandantes en el primer concurso y el perjuicio derivado de dicho suspenso no se debieron a las irregularidades apreciadas. Como en el presente caso falta dicha prueba, el TJCEE desestima la petición del Consejo.

#### 1.4. Libertad de empresa. Libre ejercicio de la actividad económica

1. La Sentencia Clean Car Autoservice GesmbH de 7 de mayo de 1998, C-350/96 resuelve el litigio planteado entre dicha sociedad austríaca, con domicilio social en Viena, y el Landeshauptmann von Wien sobre la prohibición del ejercicio de una actividad económica debido a que esta empresa había nombrado a un gerente que no residía en Austria. De acuerdo con la Ley de Actividades Económicas austríaca, las personas jurídicas, las sociedades mercantiles personalistas (sociedades mercantiles colectivas y sociedades comanditarias) y las sociedades profesionales registradas (sociedades profesionales colectivas y sociedades comanditarias) podrán ejercer una actividad económica siempre que designen un gerente o arrendatario. Dichas normas disponen asimismo que a los fines del ejercicio de su actividad económica, el titular de una empresa podrá nombrar un gerente, que será responsable, frente a él, del correcto ejercicio de la actividad y, frente a las autoridades, de la observancia de las disposiciones relativas a dicho ejercicio. En todo caso, el nombramiento de un gerente será obligatorio si el titular no está domiciliado en el territorio nacional. El gerente deberá cumplir los requisitos personales exigidos para el ejercicio de la actividad económica, tener su domicilio en territorio nacional y estar en condiciones de actuar como tal en la empresa. Si se trata de una actividad para la que se exija la presentación de un certificado de capacitación, el gerente de una persona jurídica ha de formar parte del órgano al que corresponda la representación legal de la persona jurídica o ser un trabajador que realice una jornada equivalente al menos a la mitad de la jornada laboral semanal ordinaria en la empresa y tenga una cobertura completa obligatoria con arreglo a la normativa sobre Seguridad Social. Cuando el nombramiento del gerente haya sido notificado o aprobado, se le impondrán a éste las posibles sanciones pecuniarias relativas al ejercicio

de la actividad económica. Asimismo se establece que cuando se cumplan los requisitos generales y los posibles requisitos especiales, la actividad económica se podrá ejercer sobre la base de la declaración de alta de la actividad, salvo determinadas excepciones. Quien desee ejercer una actividad económica, siempre que ésta no requiera autorización previa, deberá presentar una declaración de alta ante la autoridad administrativa del distrito donde vaya a establecerse que será la que confirme el cumplimiento de todos los requisitos.

La empresa Clean Car Autoservice GesmbH presentó ante la Administración municipal de Viena la declaración de alta de la actividad económica de «mantenimiento y cuidados de vehículos (estación de servicio), con exclusión de cualquier tipo de actividad artesanal». Al mismo tiempo notificó que nombraba como gerente al Sr. Rudolf Henssen, de nacionalidad alemana, residente en Berlín. Indicó, además, que en ese momento el Sr. Henssen buscaba una vivienda de alquiler en Austria y que, por tanto, la declaración de empadronamiento relativa a dicho domicilio se enviaría posteriormente. Mediante resolución la Administración austríaca señalaría más tarde que no se cumplían los requisitos legales previos al ejercicio de la referida actividad, prohibiendo la misma toda vez que el gerente se hallaba obligado a cumplir los requisitos personales exigidos para el ejercicio de la actividad de que se trataba, a tener su domicilio en el país y a estar en condiciones de ejercer efectivamente sus funciones en la empresa.

2. En tanto el litigio se plantea sobre la base de haber sido conculcados tanto el art. 48 del Tratado como los arts. 2 y 3 del Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, señala el TJCEE en este pronunciamiento, recogiendo lo que ya advirtiera en otros anteriores (STJCEE Scholz, de 23 de febrero de 1994, C-419/92), que los arts. 1 y 3 del Regla-

mento citado no hacen sino explicitar y aplicar los derechos que ya se derivaban del art. 48 del Tratado precepto que, por lo demás, establece que la libre circulación de trabajadores quedará asegurada dentro de la Comunidad. Esta libertad supone 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, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, implica el derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo, 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 en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales, y de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo.

Considera el TJCEE que, si bien es cierto que estos derechos corresponden sin lugar a dudas a las personas para las que están directamente previstos, los trabajadores, nada hay en el tenor del art. 48 que indique que no puedan ser invocados por otras personas, en particular, por los empresarios. No en vano, para ser eficaz y útil, el derecho de los trabajadores a ser contratados y empleados sin sufrir discriminación debe tener necesariamente por complemento el derecho de los empresarios a contratarlos con arreglo a las normas que rigen en materia de libre circulación de trabajadores. En efecto, sería fácil que se desvirtuaran estas normas si, para escapar a las prohibiciones que contienen, les bastara a los Estados miembros con imponer a los empresarios, para la contratación de un trabajador, requisitos que debiera cumplir éste y que, si se le hubieran impuesto directamente, constituirían restricciones al ejercicio del derecho a la libre circulación, al cual puede aspirar en virtud del art. 48 del Tratado. La interpretación anterior se ve confirmada tanto por el art. 2 del Reglamento 1612/68 como por la jurisprudencia del Tri-

bunal de Justicia. Por una parte, del art. 2 del Reglamento 1612/68 recoge expresamente que todo empresario que ejerza una actividad en el territorio de un Estado miembro podrá formalizar con todo nacional de un Estado miembro contratos de trabajo y ejecutarlos de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en vigor, sin que de ello pueda resultar discriminación alguna. Por otra parte, se deduce, en particular de la STJCEE Bosman, de 15 de diciembre de 1995, C-415/93, que las justificaciones basadas en el orden público, en la seguridad pública y en la salud pública previstas por el art. 48.3 del Tratado pueden ser invocadas no sólo por los Estados miembros para justificar limitaciones a la libre circulación de trabajadores derivadas de sus disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, sino también por los particulares para justificar tales limitaciones derivadas de convenios y otros actos celebrados o adoptados por personas privadas. Pues bien, si un empresario puede alegar la excepción del art. 40.3, también podrá invocar los principios que se derivan, en particular, del art. 48 del Tratado. Por lo tanto, procede entender que la regla de igualdad de trato en materia de libre circulación de trabajadores, consagrada en el art. 48 del Tratado, también puede ser invocada por un empresario con el fin de emplear, en el Estado miembro en el que está establecido, a trabajadores que son nacionales de otro Estado miembro.

3. Según jurisprudencia reiterada, las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones abiertas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, abocan de hecho al mismo resultado (STJCEE Merino García, de 12 de junio de 1997, C-266/95). Como ya afirmó el Tribunal de Justicia (STJCEE Schumacker, de 14 de febrero de 1995, C-279/93). Una disposición nacional que establece una distinción basada en el criterio de la residencia implica el riesgo de producir efectos principalmente en perjuicio de

los nacionales de otros Estados miembros. En efecto, los no residentes son con mayor frecuencia no nacionales. En consecuencia, la exigencia de que un nacional de otro Estado miembro resida en el Estado de que se trate para poder ser nombrado gerente de una empresa que ejerce una actividad económica puede constituir una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, contraria al art. 48.2 del Tratado. Así será a menos que la imposición del requisito de residencia esté justificada por consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de los trabajadores afectados y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (STJCEE *Schoening-Kougebetopoulou*, de 15 de enero de 1998, C-15/96). En este contexto, el requisito de residencia tiene por finalidad garantizar que aquellas sanciones por las que debe responder el gerente, y anteriormente subrayadas, se le puedan notificar y puedan ser ejecutadas contra él. Además, dicha exigencia pretende garantizar que el gerente cumple el otro requisito impuesto, a saber, que esté en condiciones de aportar efectivamente su actividad a la empresa. A este respecto, debe señalarse que el requisito de residencia o no es idóneo para garantizar la consecución del objetivo perseguido o va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Por una parte, la residencia del gerente en el Estado miembro en el que la empresa está establecida y ejerce su actividad no garantiza de modo necesario que esté en condiciones de aportar efectivamente su actividad a la empresa. En efecto, un gerente que reside en el Estado miembro, pero en un lugar muy alejado de aquel donde se desarrolla la actividad de la empresa debería encontrar, por regla general, más dificultades para aportar efectivamente su actividad a la empresa que una persona que, aunque residiera en otro Estado miembro, tuviera su residencia a escasa distancia del lugar en el que la empresa desarrolla su actividad. Por otra parte, otras medidas menos restrictivas, como la notificación de la sanción en la sede de la empresa

que emplea al gerente y la garantía del pago por medio de la constitución de una fianza previa, permitirían garantizar que se le pudieran notificar y se pudieran ejecutar contra el gerente las sanciones pecuniarias que se le impusieren. De hecho, tales medidas tampoco se entienden justificadas, en virtud de los fines referidos, en el supuesto de que la notificación y la ejecución de sanciones pecuniarias impuestas a un gerente que tenga su residencia en otro Estado miembro estén garantizadas por un convenio internacional celebrado entre el Estado miembro del lugar en el que se desarrolle la actividad de la empresa y el Estado miembro en el que resida el gerente.

En consecuencia se impone una solución concluyente, entendiendo que el requisito de residencia controvertido constituye una discriminación indirecta. No existe ninguna razón relativa a la seguridad y salud públicas que pueda justificar una normativa de carácter general como la que es objeto del litigio principal. Tampoco cabe alegar una justificación fundada en el orden público prevista como las anteriores en el art. 48.3 del Tratado. Debe recordarse, en relación a este punto, que el Tribunal de Justicia ya afirmó (STJCEE *Bouchereau*, de 27 de octubre de 1977, C-30/77) que, en la medida en que puede justificar determinadas restricciones a la libre circulación de personas prevista en el Derecho comunitario, el recurso al concepto de orden público utilizado en el art. 48.3 del Tratado, implica que exista, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de las leyes, una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Pues bien, de todo lo anterior no se desprende que pueda resultar afectado un interés de esta naturaleza si el titular de una empresa puede libremente nombrar, para ejercer la actividad de ésta, a un gerente que no resida en el Estado de que se trate. Por consiguiente, una disposición nacional, como la que es objeto del litigio principal, que exige que todo trabajador nombrado gerente para el ejerci-

cio de una actividad económica reside en el Estado de que se trate, tampoco puede estar justificada por razones de orden público en el sentido del art. 48.3 del Tratado. El art. 48 del Tratado se opone, en conclusión, a que un Estado miembro disponga que el titular de una empresa que ejerce una actividad económica en el territorio de dicho Estado pueda sólo nombrar gerente a una persona que resida en él.

## 2. SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

### 2.1. De los trabajadores por cuenta ajena. Acción protectora

#### a) Prestaciones contributivas

##### • Prestaciones por maternidad

1. En la Sentencia Kuusijvri de 11 de junio de 1998, C-275/96 se plantea un conflicto entre una nacional finlandesa (Sr. Kuusijvri) y el Instituto sueco de la Seguridad Social en relación al derecho de aquélla a seguir percibiendo prestaciones de Seguridad Social abonadas con arreglo a la legislación sueca después de que la interesada hubiera trasladado su residencia a Finlandia, sin ejercer en este último país una actividad profesional. La Sra. Kuusijvri trabajó en Suecia durante once meses y a continuación percibió prestaciones de desempleo hasta el día en que dio a luz. Se le concedieron entonces los subsidios por hijo previstos por la legislación sueca, así como los subsidios por maternidad, concedidos con ocasión del nacimiento de un hijo y regulados por la Ley sueca sobre el Régimen General de la Seguridad Social. Conforme a lo dispuesto en la misma un progenitor tiene derecho a las citadas prestaciones familiares con motivo del nacimiento de un hijo, durante un máximo de 450 días, y ello hasta el día en que el hijo cumpla la edad de 8 meses o, a más tardar, hasta el término de su primer año escolar, siempre que haya estado dado de alta como asegurado

en una Caja General de la Seguridad Social durante al menos 180 días interrumpidos con anterioridad a la fecha en que empiecen a pagarse las prestaciones. De acuerdo con las observaciones del Gobierno sueco, la entrada en vigor del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en 1994 contemplaba estas prestaciones como prestaciones de maternidad, conforme al artículo 5 del Reglamento 1408/71. Con posterioridad, la beneficiaria traslada su residencia a Finlandia sin ejercer en dicho país actividad profesional alguna y procediendo su baja en la Caja sueca de la Seguridad Social en atención al art. 3 de la ley de Seguridad Social según el cual estarán asegurados los ciudadanos suecos y las personas que, sin poseer la nacionalidad sueca, residan en el territorio del Reino. Se considera que una persona asegurada que abandone Suecia sigue residiendo en Suecia si se prevé que su estancia en el extranjero no va a durar más de un año. De acuerdo con distintas circulares del Instituto sueco de Seguridad Social relativas a las altas y bajas de la Caja General, se entiende que una persona reside en Suecia si tiene su domicilio efectivo en este Estado, si entra en Suecia con la intención de vivir en su territorio de forma permanente, o si tiene la intención de residir temporalmente en Suecia, durante más de un año, para ejercer una actividad profesional o por razón de estudios. Además, una persona que tenga derecho a prestaciones con arreglo a la legislación sueca en virtud del Reglamento 1408/71 se considera residente en Suecia mientras tenga derecho a las referidas prestaciones, aun cuando no cumpla los requisitos de residencia antes mencionados. Si el asegurado traslada su residencia a otro país nórdico con la intención de residir en él durante más de un año, será dado de baja en el registro de la Caja General de la Seguridad Social a partir de la fecha en que deje de estar inscrito en el Registro Civil de Suecia. Sin embargo, cuando una persona comprendida dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 se traslada a otro Estado miembro, debe tramitar su baja en el registro de la Caja de la Seguridad Social tan

pronto como, conforme al Reglamento antes citado, quede amparada por el legislación del país de acogida, aunque la duración prevista de su estancia en este otro Estado miembro sea inferior a un año.

Ante la denegación de la prestación a la Sra. Kuusijvri por su traslado de residencia, la beneficiaria invoca el inciso ii) de la letra b) del art. 22.1 del Reglamento 1408/71, a tenor del cual «el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, teniendo en cuenta en su caso, las disposiciones del artículo 18 y... que, después de haber sido admitido al disfrute de las prestaciones a cargo de la institución competente, sea autorizado por esta institución a regresar al territorio del Estado miembro en que reside o a trasladar su residencia al territorio de otro Estado miembro... tendrá derecho... a las prestaciones en metálico servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que aplique». En aplicación de dicho precepto se considera que la beneficiaria tendría derecho a seguir percibiendo las prestaciones en metálico en forma de subsidios por maternidad, aun después de haberse trasladado a Finlandia, y ello durante el período en el que las personas residentes en Suecia podían disfrutar del citado derecho. Se opone a ello la Administración sueca considerando que el derecho había dejado de existir por el hecho de que, después de haber trasladado su residencia a Finlandia, la demandante ya no cumplía el requisito de residencia en Suecia, de forma que ya no le era aplicable la legislación sueca. De acuerdo con el art. 13.2.f) del Reglamento 1408/71 «la persona a la que deje de serle aplicable la legislación de un Estado miembro, sin que por ello pase a aplicársele la legislación de otro Estado miembro de conformidad con una de las reglas enunciadas en las letras anteriores o con una de las excepciones o normas establecidas en los artículos 14 a 17, quedará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida, de conformidad con las disposi-

ciones de esta legislación únicamente», teniendo en cuenta que, en atención al art. 10 ter del Reglamento 574/72, complementario del 1408/71, «la fecha y las condiciones en las que la legislación de un Estado miembro deje de ser aplicable a una de las personas contempladas en la letra f) del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento se determinarán de conformidad con las disposiciones de dicha legislación».

2. El ámbito de aplicación personal del Reglamento 1408/71 se encuentra plenamente definido en su art. 2, a juicio del TJCEE, por lo que el mismo protege a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros. Las expresiones «trabajador por cuenta ajena» y «trabajador por cuenta propia» designan a toda persona que esté asegurada en el marco de uno de los regímenes de Seguridad Social mencionados en la letra a) del artículo 1 contra las contingencias y con los requisitos indicados en esta disposición (STJCEE *Kits van Heijningen*, de 3 de mayo de 1990, C-2/89 y STJCEE *Stüber y Piosa Pereira*, de 30 de enero de 1999, C-4/95 y C-5/95). De lo que se deriva que una persona tiene la condición de trabajador en el sentido del Reglamento 1408/71 por estar asegurada, aunque sólo sea contra una contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo en el marco de un régimen general o particular de Seguridad Social mencionado en dicho Reglamento y ello con independencia de la existencia de una relación laboral (STJCEE *Martínez Sala*, de 12 de mayo de 1998, C-85/96, también analizada en esta misma reseña). En esta situación se encuentra quien hallándose en desempleo en un Estado miembro y percibiendo en él la prestación por una actividad laboral desempeñada con anterioridad pues, en virtud del art. 94.3 del Reglamento 1408/71, se prevé que dicho derecho nacerá incluso cuando se deba a un hecho causante acaecido antes de la fecha de aplicación de éste en el territorio del Estado miembro interesado. A estos efectos, todo pe-

riodo de seguro y, en su caso, todo período de empleo o de residencia cubierto bajo la legislación de cualquier Estado miembro antes de la fecha de aplicación del Reglamento en el territorio de dicho Estado miembro se computará para la determinación de los derechos conforme a lo que dispone el Reglamento.

A ello hay que añadir una segunda cuestión planteada por la Administración sueca. Se opone esta última a que la legislación de un Estado miembro supedita el derecho de una persona que ha dejado de ejercer toda actividad profesional en su territorio a seguir sometida a la legislación del citado Estado miembro al requisito de que mantenga en él su residencia. En opinión del TJCEE, las disposiciones del Título II del Reglamento 1408/71 constituyen un sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes. Estas disposiciones tienen por finalidad no sólo evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales y las complicaciones que pueden resultar de ello, sino también impedir que las personas que entran en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento se vean privadas de protección en materia de Seguridad Social, a falta de legislación aplicable (STJCEE *Kits van Heijningen*, de 3 de mayo de 1990, C-2/89). El único objetivo de lo dispuesto en el art. 13.2 del Reglamento 1408/71 es determinar la legislación nacional aplicable a las personas que se hallan en una de las situaciones contempladas en sus letras *a)* a *f)*. Su finalidad no es determinar los requisitos para que exista el derecho o la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social o a otra rama de dicho régimen. Como ha indicado el TJCEE en diversas ocasiones, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar estos requisitos, incluidos los relativos al cese de tal afiliación (SSTJCEE *Kits van Heijningen*, de 3 de mayo de 1990, C-2/89 y *Daalmeijer*, de 21 de febrero de 1991, C-245/88). Ciertamente, al fijar los requisitos de la existencia del derecho a afiliarse a un régimen de Seguridad Social, los Estados miembros están obligados a respetar las disposiciones de

Derecho comunitario vigentes y, en particular, estos requisitos no pueden dar lugar a que la legislación de que se trata no se aplique a las personas que adquieren este derecho, con arreglo al Reglamento 1408/71. Es más, el hecho de que la legislación de un Estado miembro supedita la admisión al régimen del seguro previsto en dicha legislación de una persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de dicho Estado miembro a la condición de que ésta resida en su territorio privaría de efecto útil a la letra *a)* del art. 13.2 del Reglamento, que dispone que la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro (STJCEE *Kits van Heijningen*, de 3 de mayo de 1990, C-2/89). Considerando asimismo el TJCEE que el hecho de que la legislación de un Estado miembro supedita el derecho de una persona que haya dejado de ejercer toda actividad por cuenta ajena en su territorio y que tampoco cumpla, por tanto, los requisitos de la letra *a)* del art. 13.2 del Reglamento, a estar o a permanecer afiliada al régimen de Seguridad Social de dicho Estado miembro al requisito de tener su residencia en su territorio no puede privar de efecto útil a la letra *f)* de dicho precepto ni sustraer a la persona interesada a la aplicación de toda legislación en materia de Seguridad Social, en particular a la aplicable en virtud del Reglamento en cuestión. No en vano, la letra *f)* del art. 13.2 tiene precisamente por objeto regular una situación de esta índole y, para ello, declara aplicable a una persona que no se halle sometida ya a ninguna legislación en virtud de las demás disposiciones del art. 13.2 ni de las de los artículos 14 a 17 del Reglamento, la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida esta persona.

Por lo tanto, a una persona que haya cesado en el ejercicio de toda actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro y que, en consecuencia, no cumpla ya los re-

quisitos del art. 13.2.a) y que tampoco cumpla los requisitos de ninguna otra disposición del Reglamento 1408/71 para hallarse comprendida dentro del ámbito de aplicación de la legislación de un Estado miembro, le es de aplicación, en virtud del art. 13.2.f) y con arreglo a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside, bien la legislación del Estado en el cual haya ejercido previamente una actividad por cuenta ajena, cuando siga teniendo en él su residencia, o bien la del Estado al que, en su caso, haya trasladado su residencia. No hay nada en el art. 13.2.f) que indique que esta disposición es aplicable únicamente a los trabajadores que hayan cesado definitivamente en el ejercicio de toda actividad profesional y no a aquellos que únicamente hayan cesado de ejercer sus actividades profesionales en un Estado miembro determinado. Por el contrario, esta disposición está redactada en términos generales de forma que cubre todos los supuestos en los que la legislación de un Estado miembro deja de ser aplicable a una persona, por la razón que sea, y no sólo porque la persona de que se trate haya cesado su actividad profesional, temporal o definitivamente, en un Estado miembro determinado.

3. La Sentencia Martínez Sala de 12 de mayo de 1998, C-85/96 plantea, en similares términos a la anterior, un litigio entre la Sra. Martínez Sala, nacional española residente en Alemania y la Administración alemana ante la negativa de esta última a concederle la prestación por maternidad prevista en las normas alemanas. La Sra. Martínez Sala ejerció distintas actividades por cuenta ajena en Alemania, percibiendo en dicho país prestaciones de asistencia social de acuerdo con la Ley federal de asistencia social. Obtuvo sin interrupción los distintos permisos de residencia hasta que en un determinado momento sólo pudo exhibir los documentos que acreditaban la solicitud de la prórroga de dichos permisos. Es necesario tener en cuenta que el Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica (del que forman parte tanto Alemania como España) prohíbe la expulsión

del residente en estas condiciones. Durante el período en que se tramitaba una de las prórrogas, la Sra. Martínez Sala dio a luz una niña y solicitó la correspondiente prestación de crianza. La Administración alemana deniega dicha prestación al no hallarse en posesión de la nacionalidad alemana ni poder acreditar estar en el uso de un permiso de estancia o de residencia. En este conflicto se trata, pues, de dilucidar si una prestación como la prestación de crianza prevista por las leyes alemanas, que se concede automáticamente a las personas que cumplen determinados requisitos objetivos, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y que está destinada a compensar las cargas familiares, está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario como prestación familiar en el sentido del art. 4.1.h) del Reglamento 1408/71 o como ventaja social en el sentido del art. 7.2 del Reglamento 1612/68.

El Reglamento 1612/68 establece en art. 7.2 que, en el territorio de otros Estados miembros, el trabajador nacional de un Estado miembro se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales. Como en la anterior sentencia, se define el concepto de trabajador recogido por el Reglamento 1408/71. De acuerdo con el art. 3.1 del mismo «las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento». En el Anexo I, Alemania hizo constar sus reservas definiendo de forma particular las nociones de trabajador por cuenta propia y trabajador por cuenta ajena. En este país, la prestación de crianza es una prestación no contributiva que se inscribe en un conjunto de medidas de política familiar y se determina en aplicación de la Ley relativa a la concesión de prestaciones y

permisos de crianza. En atención a la misma cualquier persona que: *a)* tenga su domicilio o su residencia habitual en el ámbito de aplicación territorial de esta Ley; *b)* tenga en su familia un hijo a cargo; *c)* se ocupe del cuidado y de la educación de este hijo; y *d)* no ejerza actividad ni profesión en jornada completa, puede solicitar una prestación por crianza. Todo extranjero que desee percibir la prestación deberá estar en posesión de un permiso de estancia o un permiso de residencia. El órgano jurisdiccional nacional señala que, según jurisprudencia reiterada de los tribunales alemanes, sólo quien presente un documento expedido por las autoridades de extranjería que acredite debidamente el derecho de residencia desde el principio del período de prestación está «en posesión» de un permiso de estancia; la mera certificación de que se ha presentado la solicitud de un permiso de residencia y que, por lo tanto, la estancia está autorizada, no basta para considerar que la persona de que se trate está en posesión de un permiso de estancia en el sentido de la citada disposición. No obstante, y en atención a lo acordado en la Convención Europea de Asistencia Social y Médica, vigente en Alemania desde 1965 y en España desde 1965, toda parte contratante se compromete a garantizar que los nacionales de las demás partes contratantes, con legítima residencia en cualquier parte del territorio de dicha parte al que se aplique la presente Convención y sin recursos suficientes, tengan derecho, al igual que sus propios nacionales y en las mismas condiciones, a la asistencia social y médica prevista en la legislación vigente en esa parte del territorio. De este modo, ninguna parte contratante podrá repatriar a un nacional de otra con legítima residencia en el territorio de la primera, por el mero motivo de que el interesado tiene necesidad de asistencia.

4. En este asunto entre la Sra. Martínez Sala y la Administración alemana, el TJCEE recuerda cómo en la STJCEE Hoever y Zachow, de 10 de octubre de 1996, Asuntos acumulados C-245/94 y C-312/94, declararía que

una prestación de las características de la prestación por crianza establecida por la ley alemana, que se concede automáticamente a quienes cumplen determinados requisitos objetivos al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y que está destinada a compensar las cargas familiares, debe asimilarse a una prestación familiar en el sentido del art. 4.1.h) del Reglamento 1408/71. Es necesario tener en cuenta, a estos efectos, que el concepto de ventaja social a que se refiere el art. 7.2 del Reglamento 1612/68 comprende, según jurisprudencia reiterada, todas las ventajas que, vinculadas o no a un contrato de trabajo, se reconocen generalmente a los trabajadores nacionales por razón, principalmente, de su condición objetiva de trabajadores o por el mero hecho de su residencia habitual en territorio nacional y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros permite, por tanto, facilitar su movilidad en el interior de la Comunidad (STJCEE Hoecks, de 27 de marzo de 1985, C-249/83). La prestación de crianza controvertida es una ventaja reconocida, entre otros, a los trabajadores que ejercen una actividad profesional a tiempo parcial y constituye, por tanto, una ventaja social en los términos descritos. Dado, por otra parte, que el Reglamento 1612/68 tiene alcance general en cuanto a la libre circulación de los trabajadores, el art. 7.3 de dicho Reglamento puede aplicarse a las ventajas sociales que estén asimismo comprendidas en el ámbito de aplicación específico del Reglamento 1408/71 (STJCEE Comisión/Luxemburgo, de 10 de marzo de 1993, C-111/91). Por último, y ante la duda que plantea el órgano jurisdiccional alemán sobre si un nacional de un Estado miembro que reside en otro Estado miembro, en el que ha ejercido actividades por cuenta ajena y en el que, posteriormente, ha percibido una prestación de asistencia social tiene la condición de trabajador en el sentido de los Reglamentos 1612/68 o 1408/71, respectivamente, la solución se plantea ciertamente terminante. Según la norma aplicable ale-

mana, la concesión de una prestación de crianza está supeditada, entre otros requisitos, al de que el interesado no ejerza una actividad profesional o que no ejerza actividad profesional en jornada completa. Este requisito permite restringir el número de personas que pueden, simultáneamente, obtener la prestación de crianza y ser calificadas de trabajador en el sentido del Derecho comunitario. Por otra parte, conviene advertir que el concepto de trabajador en Derecho comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate. Así, el concepto de trabajador utilizado en el marco del art. 48 del Tratado CE y del Reglamento 1612/68 no coincide necesariamente con el empleado en el ámbito del art. 51 del Tratado CE y del Reglamento 1408/71. En virtud del primero, debe considerarse trabajador la persona que realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una retribución. Una vez concluida la relación laboral el interesado pierde, en principio, la condición de trabajador, si bien hay que tener en cuenta, por una parte, que esta condición puede producir determinados efectos tras la extinción de la relación laboral y, por otra parte, que una persona que busque realmente un empleo también debe ser considerada trabajador (SSTJCEE *Lawrie-Blum*, de 3 de julio de 1986, C-66/85, *Lair*, de 21 de junio de 1988, C-39/86 y *Antonissen*, de 26 de febrero de 1991, C-292/89).

Por lo que se refiere al concepto de trabajador contenido en el Reglamento 1408/71 el mismo se aplica a los trabajadores que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros extendiendo su aplicación a los miembros de sus familias. Así, una persona tiene la condición de trabajador en el sentido del Reglamento 1408/71 por estar asegurada, aunque sólo sea contra una contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo en el marco de un régimen general o particular de Seguridad Social y ello con independencia de

la existencia de una relación laboral (SSTJCEE *Pierik II*, de 31 de mayo de 1979, C-182/78 y *Laborero y Sabato*, 9 de julio de 1987, Asuntos acumulados C-82/86 y 103/86). En atención a este concepto, la demandante ha de ser considerada trabajadora incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 por el mero hecho de haber estado acogida al seguro obligatorio de pensión de jubilación en Alemania o de que el organismo de asistencia social la afilió, con sus hijos, al seguro de enfermedad y se hizo cargo de las correspondientes cotizaciones. A mayor abundamiento, esta consideración vendría obligada por hallarse la demandante afiliada a un régimen alemán de pensión de jubilación. Es cierto que el Anexo I del Reglamento introduce una limitación al concepto de trabajador por cuenta ajena por parte de Alemania, limitando únicamente para la concesión de prestaciones familiares. Ahora bien, dado que la situación de una persona como la demandante no está contemplada en ninguna de las disposiciones del Capítulo 7 del Título III, no se le puede aplicar la restricción prevista en el Anexo I, de forma que su condición de trabajador en el sentido del Reglamento 1408/71 debe determinarse únicamente con arreglo al art. 1.a) de dicho Reglamento. Por tanto, nada impide que dicha persona pueda disfrutar de los derechos derivados de tal condición cuando se pruebe que está asegurada, aunque sólo sea contra una sola contingencia, con carácter obligatorio o facultativo, en el marco de un régimen general o particular de Seguridad Social mencionado en el art. 1.a) del Reglamento 1408/71.

#### • Prestación para minusválidos

1. En la Sentencia *Babahenini* de 15 de enero de 1998, C-113/97, la Sra. *Babahenini*, de nacionalidad argelina, plantea un litigio contra el Estado belga por la negativa de este último a conceder una prestación para minusválidos. La Sra. *Babahenini* es esposa de un trabajador argelino jubilado. Vive con su marido en Bélgica, donde éste desempeñó un empleo de trabajador por cuenta ajena y per-

cibe una pensión de jubilación con arreglo a la legislación belga. Ella misma no ha ejercido nunca una actividad profesional en Bélgica y consta que sufre una disminución física. De acuerdo con las leyes de seguridad social belgas, la demandante solicitó una prestación para minusválidos. Dichas normas establecen que para obtener una prestación para minusválidos, es menester residir efectivamente en Bélgica y ser belga, ciudadano de otro Estado miembro de la Comunidad, apátrida o de nacionalidad no determinada, refugiado, o haber percibido hasta la edad de 21 años el aumento de la asignación familiar previsto por la normativa belga. Siguiendo lo preceptuado en tales normas las autoridades belgas competentes denegaron la prestación a la Sra. Babahenini por cuanto no cumplía el requisito de nacionalidad exigido por las mismas. Entiende la demandante que tal resolución es contraria al art. 39.1 del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Argelina Democrática y Popular, firmado en Argel el 26 de abril de 1976 y aprobado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento 2210/78 que prohíbe a las autoridades de un Estado miembro basarse en la nacionalidad argelina del solicitante para negarle las prestaciones de Seguridad Social que solicite. Las autoridades belgas consideran que la Sra. Babahenini no entra en el campo de aplicación del art. 39.1 del Acuerdo mencionado toda vez que el derecho a las prestaciones para minusválidos previsto por la Ley belga debe considerarse como un derecho propio y la demandante en el asunto principal no tiene ella misma la calidad de trabajador. Sin embargo, las prestaciones solicitadas ha sido negada por su nacionalidad y no porque no hubiera ejercido una actividad profesional, requisito que, por otra parte, no se exige en modo alguno a los nacionales. Por lo demás, una interpretación como la efectuada por las autoridades belgas tendría como principal efecto la reducción del alcance del Acuerdo mencionado que, según STJCEE Kziber, de 31 de enero de 1991, C-18/90, se aplica igualmente a

los miembros de la familia del trabajador migrante argelino.

El art. 1 del referido Acuerdo reconoce que el mismo tiene como objeto promover una cooperación global entre las Partes Contratantes a fin de contribuir al desarrollo económico y social de Argelia y de favorecer el fortalecimiento de sus relaciones. Esta cooperación se establece, con arreglo al Título I, en los ámbitos de la cooperación económica, técnica y financiera; según el Título II, en el ámbito de los intercambios comerciales y, en virtud del Título III, en el campo social. El artículo 39, que figura en el Título III, el cual establece la cooperación en el sector de la mano de obra, dispone en su apartado 1 que «salvo lo dispuesto en los apartados siguientes, los trabajadores de nacionalidad argelina y los miembros de su familia que residan con ellos, se beneficiarán, en el sector de la Seguridad Social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados». Los siguientes apartados del mismo artículo se refieren a la totalización de los períodos de seguro, de empleo o de residencia cumplidos en los diferentes Estados miembros, al disfrute de las prestaciones familiares para los miembros de su familia que residan dentro de la Comunidad y a la transferencia hacia Argelia de las pensiones y rentas de jubilación, de fallecimiento y de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional así como de invalidez.

2. Respecto de la posibilidad de invocar directamente la aplicación del art. 39.1 del Acuerdo, el TJCEE recuerda una reiterada jurisprudencia dictada en relación con el art. 41.1 del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Reino de Marruecos, precepto redactado en los mismos términos que el art. 39.1 analizado (SSTJCEE Krid, de 5 de abril de 1995, C-103/94, Kziber, de 20 de abril de 1994, antes citada, Yousfi, de 20 de abril de 1994, C-58/93 y Hallouzi-Choho, de 3 de octubre de

1996, C-126/95) y que establece en términos claros, precisos e incondicionales, la prohibición de discriminar, por razón de la nacionalidad, a los trabajadores de nacionalidad argelina y a los miembros de su familia que residan con ellos, en el sector de la Seguridad Social. En dichas sentencias, el TJCEE añadió que el objeto del Acuerdo de promover una cooperación global entre las Partes Contratantes, en concreto en el ámbito de la mano de obra, confirma que el principio de no discriminación, establecido en el art. 39.1, puede aplicarse directamente a la situación jurídica de los particulares. De ello deduce el TJCEE que esta disposición tiene efecto directo, de manera que los justiciables a quienes se aplica tienen derecho a alegarla ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Por lo que se refiere al ámbito de aplicación personal del art. 39.1 del Acuerdo, conviene matizar que esta disposición se aplica en primer lugar a los trabajadores de nacionalidad argelina, concepto que abarca tanto a los trabajadores en activo como a quienes salieron del mercado laboral, especialmente después de haber llegado a la edad requerida para disfrutar de una pensión de vejez. Dicho precepto se aplica asimismo a los miembros de la familia de estos trabajadores que residan con ellos en el Estado miembro en el que trabajan o trabajaron. En estas circunstancias, una persona como la demandante en el asunto principal, en su calidad de esposa de un trabajador migrante argelino que resida con él en el Estado miembro en el que dicho trabajador disfruta de una pensión de vejez después de haber ejercido en él una actividad profesional, entra en el ámbito de aplicación del art. 39.1 del Acuerdo. En relación al mismo, el TJCEE considera que el ámbito de la aplicación personal de dicho precepto no es idéntico al del Reglamento 1408/71, definido en su art. 2, de manera que la jurisprudencia que hace una distinción entre los derechos derivados y los derechos propios de los miembros de la familia del trabajador migrante en el marco del Reglamento 1408/71 (jurisprudencia que, por otra parte, ha sido precisada

recientemente por la STJCEE Cabanis-Issarte de 30 de abril de 1996, C-308/93) no puede ser aplicada en el marco del Acuerdo. Una persona como la demandante entra, por consiguiente, en el ámbito de aplicación personal del art. 39.1 del Acuerdo, con independencia de si la prestación cuyo pago solicita es atribuida a su beneficiario como derecho propio o bien en su calidad de miembro de la familia de un trabajador migrante argelino.

Por su parte, el concepto de Seguridad Social que figura en esta disposición debe entenderse de la misma forma que el concepto idéntico que aparece en el Reglamento 1408/71. Este último, tras las últimas modificaciones, reconoce en el art. 4.2.bis.b) dentro de su ámbito de aplicación a las prestaciones destinadas a asegurar la protección específica de los minusválidos. Es necesario tener en cuenta que, incluso antes de esta modificación del Reglamento 1408/71, era jurisprudencia reiterada desde la STJCEE Callemeyn, de 28 de mayo de 1974, C-187/73, que las prestaciones para los minusválidos entran en el ámbito de aplicación material de dicho Reglamento, con arreglo al art. 4.1.b), que se refiere expresamente a las «prestaciones de invalidez». De ello se deduce que una prestación como la prestación para minusválidos que establece la Ley belga está comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1408/71 y, por consiguiente, del art. 39.1 del Acuerdo. Por lo tanto, el principio establecido por el art. 39.1 del Acuerdo, de ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad, en el sector de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes argelinos y de los miembros de sus familias que residen con ellos, con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados, implica que las personas contempladas por esta disposición tienen derecho a prestaciones para minusválidos en las mismas condiciones que las requeridas para los ciudadanos de los Estados miembros afectados. De ahí que se considere incompatible con este principio la aplicación, a las personas contempladas por esta dispo-

sición, no sólo de la exigencia de la nacionalidad del Estado miembro interesado, que cumplen necesariamente los ciudadanos de este último, sino también de un requisito que establezca el ejercicio de una actividad profesional por parte de quien solicita la prestación de Seguridad Social de que se trata cuando semejante requisito no se exige a los nacionales. Se desprende, pues, del principio de ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad, en el sector de la Seguridad Social, recogido en el art. 39.1 del Acuerdo, que no se puede negar la prestación para minusválidos a la esposa de un trabajador migrante argelino la cual reside en el territorio del Estado miembro en el que dicho trabajador estuvo empleado y cumple todos los requisitos, excepto el relativo a la nacionalidad, para disfrutar de dicha prestación que establece la legislación belga a favor de las personas que tienen su residencia en el Estado miembro interesado.

- Reglas de incompatibilidad entre prestaciones

1. La Sentencia Cordelle de 12 de febrero de 1998, C-366/96 resuelve el conflicto sobre la aplicación de las normas que prohíben la acumulación de pensiones entre la Sra. Cordelle y la Caja nacional de pensiones belga. La Sra. Cordelle percibe, por una parte, una pensión de supervivencia, calculada sobre la base de la carrera profesional completa de su cónyuge fallecido, a cargo del régimen belga de pensiones de los trabajadores por cuenta ajena y, por otra, tres pensiones personales de las cuales dos, una «pensión de jubilación de trabajador por cuenta ajena» y una «pensión de jubilación de trabajador por cuenta propia», a cargo del régimen belga y, la tercera, una pensión de vejez, a cargo del régimen francés, esto es, una «pensión francesa de vejez». La Caja de pensiones belga reclamó a la Sra. Cordelle la devolución de unas cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de haber calculado la pensión belga de supervivencia sin haber tenido en cuenta la pensión francesa de vejez y

de acuerdo con las normas belgas que prohíben la acumulación de pensiones de jubilación y de supervivencia. En atención a las mismas se establece un límite máximo para el pago de la pensión de supervivencia de trabajador por cuenta ajena en caso de concurrir una o varias pensiones de jubilación o cualquier otra ventaja vinculada a éstas, concedidas con arreglo a una legislación belga o extranjera. Este límite se fijó en un 110% del importe de la pensión de supervivencia concedida al cónyuge superviviente, multiplicado por la fracción inversa de aquella, limitada en su caso a la unidad, que haya sido utilizada para el cálculo de la pensión de jubilación que sirve de base para el cálculo de la pensión de supervivencia. La Sra. Cordelle alegó que el aumento del período tenido en cuenta para el cálculo de su pensión francesa de vejez —una serie de trimestres concedidos por el hecho de haber criado seis hijos— no constituía una «pensión de jubilación o cualquier otra ventaja vinculada a ésta» en el sentido de la norma belga que prohíbe la acumulación, sino una ventaja sin equivalente en dicho Estado. Como en anteriores supuestos, el TJCEE deja constancia de que en el marco de un procedimiento planteado al amparo del artículo 177 del Tratado CEE, el Tribunal de Justicia no es competente para aplicar las normas del Derecho comunitario a un caso concreto y, por ello, tampoco para calificar las disposiciones del Derecho nacional respecto a tales normas. Sin embargo, el TJCEE puede aportar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relativos al Derecho comunitario que puedan serle de utilidad para la apreciación de los efectos de estas disposiciones (STJCEE Coenen, de 24 de septiembre de 1987, C-37/86).

En este sentido y de acuerdo con el art. 12.2 del Reglamento 1408/71, aplicable en el momento en que la institución belga calculó por primera vez la prestación de supervivencia controvertida, «las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión previstas por la legislación de un Estado miem-

bro en caso de acumulación de una prestación con otras prestaciones de Seguridad Social o con otros ingresos afectarán al beneficiario, incluso cuando se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro o de ingresos obtenidos en el territorio de otro Estado miembro». No obstante, esta norma no se aplicará cuando el interesado se beneficie de prestaciones de la misma naturaleza de invalidez, de vejez, de muerte (pensiones) o de enfermedad profesional liquidadas por las instituciones de dos o varios Estados miembros, con arreglo a las disposiciones de los arts. 46, 50 y 51 ó 60.1.b). La modificación introducida al Reglamento 1408/71 en 1992 permitiría introducir este matiz: «Salvo en los casos en que el presente Reglamento disponga otra cosa, las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión establecidas en la legislación de un Estado miembro en caso de acumulación de una prestación con otras prestaciones de Seguridad Social o con otros ingresos de cualquier tipo podrán hacerse valer frente al beneficiario, aunque se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro o de ingresos obtenidos en el territorio de otro Estado miembro». Además, el art.46 bis.3.d) establece que, cuando las normas nacionales que prohíben la acumulación sean aplicables por el hecho de que el interesado disfrute de prestaciones de distinta naturaleza debidas en virtud de la legislación de otros Estados miembros, la prestación debida en virtud de la legislación del primer Estado miembro sólo podrá quedar reducida dentro del límite del importe de las prestaciones debidas en virtud de la legislación de los demás Estados miembros. Con arreglo a dicha norma, la pensión belga de supervivencia sólo puede quedar reducida dentro del límite del importe de la pensión francesa de vejez. No obstante es importante señalar a este respecto que, cuando las prestaciones ya han sido liquidadas antes del 1-6-92, fecha de la entrada en vigor del Reglamento modificativo del Reglamento 1408/71, el art. 95 bis.4 del mismo es-

tablece que los derechos de los interesados pueden ser revisados a petición suya. Por el contrario, se deduce de la STJCEE Baldone de 25 de septiembre de 1997, C-307/96, que esta misma disposición se opone a que la institución competente de un Estado miembro aplique de oficio las reglas de cálculo contenidas en el Reglamento 1248/92, modificativa del Reglamento 1408/71 en detrimento del interesado, cuando éste ha obtenido, antes de su entrada en vigor el 1 de junio de 1992, la liquidación de una pensión. De este modo y en un caso como el planteado, a interesada, que obtuvo la liquidación de una pensión belga de supervivencia antes del 1 de junio de 1992, podría por tanto solicitar que se revisaran sus derechos de conformidad con las nuevas reglas establecidas en el Reglamento 1408/71 por el Reglamento modificativo, en particular, el art. 46 bis.3 d). Sin embargo, no se desprende de autos que dicha petición haya sido formulada.

2. En tales circunstancias, procede examinar si una pensión de supervivencia adquirida con arreglo a la legislación de un Estado miembro y calculada sobre la base de la carrera del cónyuge fallecido y una pensión personal de vejez adquirida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro constituyen «prestaciones de la misma naturaleza» en el sentido del art. 12.2 del Reglamento 1408/71. Como con anterioridad manifestara el TJCEE (STJCEE Schmidt, de 11 de agosto de 1995, C-98/94), conviene apuntar que las prestaciones de Seguridad Social son de la misma naturaleza, en el sentido del art. 12.2 del Reglamento 1408/71, cuando su objeto y su finalidad, así como su base de cálculo y sus requisitos de concesión sean idénticos. Así, en la STJCEE Stefanutti, de 6 de octubre de 1987, C-197/85, el TJCEE consideraría que no eran de la misma naturaleza una pensión de invalidez personal basada en la carrera profesional que la propia beneficiaria había cubierto en un Estado miembro y una pensión de supervivencia basada en la carrera profesional que el marido fallecido de la beneficiaria había cubierto en otro Estado

miembro. De lo que se deduce que las prestaciones calculadas sobre la base de períodos de seguro cubiertos por personas diferentes no pueden considerarse prestaciones de la misma naturaleza en el sentido del art. 12.2 del Reglamento 1408/71 y que, por ello, dicho Reglamento no se opone a la aplicación de una norma nacional que prohíba la acumulación, como la mencionada por el órgano jurisdiccional remitente.

Quedaría por examinar otra cuestión también planteada. Se trata de conocer si a efectos de la aplicación de la legislación de un Estado miembro, una pensión de vejez liquidada de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, sobre la base de una carrera incrementada por razón de hijos a cargo, debe considerarse íntegramente como una pensión de jubilación u otra ventaja vinculada a ésta en el sentido de la legislación del primer Estado miembro. A este respecto, el TJCEE entiende que, sea afirmativa o negativa la respuesta que deba darse a dicha cuestión, a efectos de la aplicación de la legislación belga, no deja de ser cierto que la prestación francesa de vejez debe ser calificada en cualquier caso como «prestación de naturaleza diferente» en el sentido del art. 12.2 del Reglamento 1408/71. Corresponde, por tanto, al juez nacional calificar, a efectos de la aplicación de la norma que prohíbe la acumulación establecida por su legislación nacional relativa a las pensiones de jubilación o a ventajas vinculadas a éstas, una prestación de vejez concedida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro sobre la base de una carrera incrementada por razón de los hijos de la demandante. En este sentido, el TJCEE entiende que el art. 12.2 del Reglamento 1408/71 no se opone a la aplicación de una norma de un Estado miembro que prohíbe la acumulación y según la cual, para calcular una prestación de supervivencia concedida con arreglo a la legislación de dicho Estado y basada en la carrera de su cónyuge fallecido, deben tenerse en cuenta las prestaciones adquiridas a título personal en otro Estado miembro que deban calificarse de

pensiones de jubilación o de ventajas vinculadas a éstas en el sentido de la legislación del primer Estado miembro. Compete, pues, al juez nacional la calificación de las prestaciones en cuestión, con el fin de aplicar, en su caso, las normas anticúmulo.

#### b) *Prestaciones asistenciales. La lucha contra la exclusión social*

1. La lucha contra la exclusión social ha sido el objeto principal de la Sentencia Gran Bretaña e Irlanda/Comisión de 12 de mayo de 1998, C-106/96. Este pronunciamiento tiene su causa en la reclamación que tanto el Reino Unido de Gran Bretaña como Irlanda del Norte realizan, con arreglo al artículo 173 del Tratado CE, pretendiendo la anulación de la decisión o de las decisiones contenidas en el comunicado de prensa (IP/96/67) de la Comisión, de 23 de enero de 1996, por el que se anuncia la concesión de subvenciones a favor de proyectos europeos de lucha contra la exclusión social.

El Consejo adoptó, en primer lugar, la Decisión 75/458/CEE, de 22 de julio de 1975, relativa al programa de proyectos piloto y de estudios piloto para combatir la pobreza, posteriormente, la Decisión 85/8/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1984, relativa a una acción comunitaria específica de lucha contra la pobreza y, por último, la Decisión 89/457/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, relativa a la implantación de un programa a medio plazo de medidas para la integración económica y social de las categorías de personas económica y socialmente menos favorecidas. Los objetivos de estos Programas eran, en definitiva, garantizar la coherencia global de todas las medidas comunitarias que produzcan un impacto en las categorías de personas económica y socialmente menos favorecidas, observando las respectivas normas aplicables a dichas medidas; contribuir a la elaboración de medidas preventivas en beneficio de las categorías de personas que corren el riesgo de tornarse económica y socialmente menos favorecidas,

así como de medidas de ayuda para atender a las necesidades originadas por situaciones de extrema pobreza; producir, en una perspectiva multidimensional, modelos organizativos innovadores de integración de las personas económica y socialmente menos favorecidas, que involucren a los actores económicos y sociales; realizar una labor de información, coordinación, evaluación e intercambio de experiencias a escala comunitaria; y, por último, proseguir el estudio de las características de las categorías de personas de que se trata. Para realizar estos objetivos la Comisión podía fomentar y/o proporcionar ayuda financiera a la puesta en práctica de medidas tipo, implantadas en el tejido local y encaminadas a obtener la integración económica y social de las personas de que se trata, a través de la articulación de las iniciativas a escala local con las políticas desarrolladas a escala nacional o regional. Estas medidas tipo debían responder a las necesidades concretas de dichas personas y debían permitirles una participación activa a fin de lograr su inserción real en la sociedad. En virtud de esta política, la Comisión también podía fomentar y ayudar a las iniciativas innovadoras tomadas, en particular, por las organizaciones no gubernamentales para la integración económica y social de determinadas categorías de personas que padecen ciertas formas específicas de aislamiento, la evaluación de experiencias, el intercambio comunitario de conocimientos y la transferencia de métodos que se realizarán a través de una red de unidades de investigación y desarrollo cuyos miembros serán designados por la Comisión de acuerdo con los Estados miembros correspondientes y, por último, el intercambio periódico de datos comparables acerca de las categorías de personas de que se trata, así como el perfeccionamiento de los conocimientos sobre el fenómeno. En todo caso, la medida tipo debía contemplar varios aspectos de la situación de las personas menos favorecidas e ir acompañada del compromiso de socios privados o asociativos y de las autoridades públicas.

En el momento de la selección, debía tenerse en cuenta si la medida fomenta la independencia y la confianza en sí mismas de las personas objeto de atención, si es interesante para la situación laboral, si dirige la ayuda a las personas más desfavorecidas y si hace hincapié en zonas social y económicamente maltratadas. Posteriores acciones destacarían cómo las acciones de lucha contra la exclusión social y de promoción de la solidaridad debían dirigirse a la integración económica y social de los grupos económica y socialmente menos favorecidos y de las personas expuestas a la exclusión social, en particular en las zonas urbanas. La integración se conseguirá a través de una estrategia coherente en todos los ámbitos de acción considerados, cuya lista indicativa figura en el anexo de los programas antes mencionados. Entre dichos ámbitos de acción figuran de forma destacada tanto el empleo como la formación profesional. En definitiva, la Comunidad pretende contribuir con este tipo de iniciativas a la elaboración de medidas preventivas y correctoras a nivel local, nacional o regional y a sostener la creación y el desarrollo de redes transnacionales de proyectos de asociación. Con este fin, se financiarán ayudas a actividades que tengan como objetivo establecer y fomentar las mejores prácticas en los siguientes ámbitos: *a)* revitalizar el medio urbano y fomentar la integración social en las ciudades y los barrios periféricos que sufran un alto índice de paro y de exclusión social; *b)* ayudar a las personas socialmente excluidas a avanzar hacia el mercado de trabajo. Los ámbitos de interés deben situarse en un escalón anterior al empleo en cuanto tal, y deben dedicarse a la reducción del grado de exclusión que, con frecuencia, impide que determinados grupos puedan franquear tan siquiera las etapas preliminares a la búsqueda de un empleo. La Comisión puede apoyar la creación y desarrollo de redes de intercambios y de ayuda (por ejemplo, para las familias monoparentales, las mujeres sumidas en la pobreza, los parados de larga duración, las familias en situaciones de extrema necesidad, etc.), la mejora de la integración

social en las comunidades urbanas, la mejora de los acondicionamientos urbanos y el acceso a los servicios en zona urbana, todo ello desde el punto de vista de las poblaciones excluidas. Algunos ejemplos concretos podrían circunscribirse en disposiciones de transporte innovadoras que permitan que las personas excluidas se acerquen al mercado de trabajo (por ejemplo, facilitar el acceso a los puntos de información sobre el empleo y la formación), tomar parte en actividades sociales para romper el aislamiento, crear grupos de ayuda o centros de acogida o de paso, mejorar el acceso a los cuidados sanitarios y a los servicios públicos como vivienda, asistencia social, información y consejo a los ciudadanos y asesoría jurídica. Esta lista no es exhaustiva, sino más bien indicativa. En todo caso las acciones deberán contribuir a generar nuevas ideas que resulten útiles para las personas socialmente excluidas que deban hacer frente a muchas dificultades, estimulándose toda clase de proyectos que acaben con la exclusión social.

2. En el ámbito de aplicación del Tratado, la ejecución de un gasto por parte de la Comisión requiere, en principio, además de la consignación del crédito correspondiente en el presupuesto, un acto de Derecho derivado (llamado de ordinario «acto de base»), del que deriva dicho gasto (SSTJCEE Salerno y otros/Comisión y Consejo, de 11 de julio de 1985, C-87/77, 130/77, 22/83, 9/84 y 10/84, Les Verts/Parlamento, de 23 de abril de 1986, C-294/83, Comisión/Consejo, de 30 de mayo de 1989, C-242/87 y Comisión/Consejo, de 24 de octubre de 1989, C-16/88). Adoptado sobre la base del art. 209 del Tratado, el Reglamento Financiero de 21 de diciembre de 1977, aplicable al Presupuesto General de las Comunidades Europeas determina en el art. 22.1 que «la ejecución de los créditos consignados en el presupuesto para cualquier acción comunitaria significativa requerirá que se apruebe previamente un acto de base, con arreglo al procedimiento y disposiciones de la letra c) del apartado 3 del punto IV de la Declaración común de 30 de junio de 1982». Por

lo demás, las normas de la Comunidad prevén que «la ejecución de créditos consignados en el presupuesto para cualquier nueva acción comunitaria significativa requerirá la previa adopción de un Reglamento de base. En caso de que dichos créditos se consignen en el presupuesto antes de que se haya presentado la propuesta de Reglamento, se invitará a la Comisión a que presente tal propuesta a más tardar al final de enero. Sin embargo, en caso de que el Reglamento no pueda ser adoptado en dicho plazo, la Comisión presentará propuestas de transferencia de una línea presupuestaria a otra, que permitan garantizar la utilización durante el año presupuestario de los créditos de que se trate».

De lo que antecede se deduce que la ejecución de los gastos comunitarios relativos a cualquier acción comunitaria significativa no sólo requiere la consignación del crédito correspondiente en el presupuesto de la Comunidad, que compete a la autoridad presupuestaria, sino también la adopción previa de un acto de base que autorice dichos gastos, que compete a la autoridad legislativa. Por contra, la ejecución de los créditos presupuestarios para las acciones comunitarias no comprendidas en esta categoría, a saber, las acciones comunitarias no significativas, no requiere la adopción previa de dicho acto de base. Debe recordarse a este respecto que la exigencia de la adopción de un acto de base con anterioridad a la ejecución de un crédito consignado en el presupuesto deriva directamente del sistema del Tratado, en el que las condiciones para el ejercicio de la facultad normativa y las de la facultad presupuestaria no son las mismas. Por otra parte, de la circunstancia de que la ejecución de un gasto realizado sobre una mera consignación en el presupuesto de los créditos correspondientes sea una excepción a la norma fundamental de la adopción previa de un acto de base determina que el carácter no significativo de una acción comunitaria no se presuponga, de modo que corresponde a la Comisión aportar la prueba del carácter no significativo de la acción contemplada.

En el supuesto que nos ocupa, la adopción de semejantes medidas requiere de un acto de base para la ejecución de los créditos correspondientes. De hecho, los citados proyectos no tenían por objeto preparar una acción comunitaria futura o emprender acciones piloto, sino que, por las actividades contempladas, los objetivos perseguidos y sus beneficiarios, estaban destinados a proseguir las iniciativas contempladas en todos los programas anteriores. Sin embargo, considera el TJCEE que una acción comunitaria significativa puede ocasionar gastos limitados o que producen efectos limitados en el tiempo. Admitir lo contrario equivaldría, por otra parte, a permitir que la Comisión eludiera la aplicación del principio de la adopción previa de un acto de base simplemente limitando el alcance de la acción de que se trate y prorrogándola de año en año. Del mismo modo, el carácter significativo de una acción no puede depender del grado de coordinación de que ha sido objeto a nivel comunitario. Por lo tanto, la Comisión no resulta competente para comprometer los gastos necesarios para la financiación de los proyectos mencionados, por lo que procede anular la decisión de dicho compromiso. Esta anulación se produce en un momento en que han sido efectuados la mayor parte, si no la totalidad, de los pagos correspondientes. De este modo, importantes razones de seguridad jurídica, comparables a las que concurren en los casos de anulación de determinados Reglamentos, justifican que el TJCEE haga uso de la facultad que le confiere el párrafo segundo del art. 174 del Tratado en caso de anulación de un Reglamento y declare qué efectos de la Decisión anulada deben ser mantenidos.

*c) Asistencia sanitaria y cuidados especiales*

• *Asistencia médica*

1. La Sentencia Kohll, de 28 de abril de 1998, C-158/96 se detiene en la reclamación efectuada por el Sr. Kohll, nacional luxemburgués a la Unión de Cajas de Enfermedad,

a la cual está afiliado, sobre una solicitud de autorización suscrita por un médico establecido en Luxemburgo destinada a permitir que su hija menor siguiese un tratamiento aplicado por un ortodoncista establecido en Trier (Alemania). La negativa, basada en que dicho tratamiento no era urgente y en que no podía dispensarse en Luxemburgo provocó la denuncia por parte del Sr. Kohll. De acuerdo con el art. 22 del Reglamento 1408/71, el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, teniendo en cuenta, en su caso, las disposiciones del art. 18 y que sea autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia apropiada a su estado, tendrá derecho, entre otras a las siguientes prestaciones: a) a las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de instancia o de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente; b) a las prestaciones en metálico servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que aplique. No obstante, previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de estancia o de residencia, estas prestaciones podrán ser servidas por esta última institución por cuenta de la primera, según las disposiciones de la legislación del Estado competente. La autorización requerida no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento correspondiente en el Estado miembro en que reside. Las disposiciones anteriores serán aplicables por analogía a los

miembros de la familia de un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, según reiterada jurisprudencia.

El Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social (SSTJCEE Duphar y otros, de 7 de febrero de 1984, C-238/82 y Sodemare y otros, de 17 de junio de 1997, C-70/95). A falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, por una parte, los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social (SSTJCE Coonan, de 24 de abril de 1980, C-110/79, y Paraschi, de 4 de octubre de 1991, C-349/87) y, por otra parte, los requisitos que confieren derecho a las prestaciones (STJCEE Stüber y Piosa Pereira, de 30 de enero de 1997, Asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95). No obstante lo anterior, los Estados miembros deberán, sin embargo, en el ejercicio de dicha competencia, respetar el Derecho comunitario. En efecto, el TJCEE ha señalado que la especial naturaleza de determinadas prestaciones de servicios no puede servir para que dichas actividades escapen al principio fundamental de libre circulación (STJCEE Webb, de 17 de diciembre de 1981, C-279/80). Esto supone que el hecho de que la normativa nacional controvertida esté comprendida dentro del ámbito de la Seguridad Social no puede bastar para excluir la aplicación de los arts. 59 y 60 del Tratado. El que una medida nacional pueda, en su caso, ser conforme a una disposición de Derecho derivado, en el presente supuesto, el art. 22 del Reglamento 1408/71, no hace que dicha medida escape a las disposiciones del Tratado. Además, el art. 22.1 del Reglamento 1408/71 tiene por objeto permitir que el asegurado que es autorizado por la institución competente a desplazarse a otro Estado miembro y recibir un tratamiento adecuado a su situación, disfrute de las prestaciones de asistencia sanitaria, por cuenta de la institución competente, pero con arreglo a las disposiciones de la legislación del Estado en que se realicen las prestaciones,

en particular, en el caso de que el traslado resulte necesario habida cuenta del estado de salud del interesado, y sin soportar gastos suplementarios. Por el contrario, se debe hacer constar que el art. 22 del Reglamento 1408/71, interpretado a la luz de su finalidad, no tiene por objeto la regulación de los gastos producidos con motivo de la prestación de asistencia sanitaria en otro Estado miembro, incluso cuando no exista autorización previa, y, en consecuencia, no impide en modo alguno el reembolso por parte de los Estados miembros, de acuerdo con las tarifas vigentes en el Estado competente, de dichos gastos.

2. Dadas las circunstancias expuestas, resulta exigible un análisis sobre la compatibilidad de una normativa nacional como la controvertida, con las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios. El litigio versa sobre un tratamiento aplicado por un ortodoncista establecido en otro Estado miembro, fuera de cualquier infraestructura hospitalaria. Dicha prestación realizada contra retribución debe considerarse un servicio a efectos del art. 60 del Tratado, que se refiere expresamente a las actividades de las profesiones liberales. Por tanto, se debe examinar si una normativa como la controvertida en el litigio principal constituye una restricción a la libre prestación de servicios y, en su caso, si puede estar justificada objetivamente. Conforme a la jurisprudencia del TJCEE, el art. 59 del Tratado se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro (STJCEE Comisión/Francia, de 5 de octubre de 1994, C-381/93). Si bien es cierto que la normativa nacional controvertida no priva a los asegurados de la posibilidad de acudir a un prestatario de servicios establecido en otro Estado miembro, no es menos cierto que supedita a una autorización previa el reembolso de los gastos efectuados en dicho Estado y deniega dicho reembolso a los asegurados que no posean dicha autorización. Los

gastos efectuados en el Estado de afiliación no están sujetos, sin embargo, a la referida autorización.

Por consiguiente, dicho tipo de normativa disuade a los beneficiarios de la Seguridad Social de dirigirse a los prestatarios de servicios médicos establecidos en otro Estado miembro y constituye, tanto para estos últimos como para sus pacientes, un obstáculo a la libre prestación de servicios (SSTJCEE Luisi y Carbone, de 31 de enero de 1994, Asuntos acumulados C-286/82 y 26/83 y Bachmann, de 28 de enero de 1992, C-204/90). En consecuencia, procede plantear si una medida como la del caso de autos puede estar justificada objetivamente. Pues bien, el TJCEE considera que objetivos de carácter meramente económico no pueden justificar un obstáculo al principio fundamental de libre prestación de servicios (STJCEE SETTG, de 5 de junio de 1997, C-398/95). Sin embargo, no puede excluirse que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social constituya una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo de dicha naturaleza. Es preciso, por lo demás, hacer constar que el reembolso de los cuidados dentales dispensados en otros Estados miembros con arreglo a las tarifas del Estado de afiliación no tiene una incidencia significativa sobre la financiación del sistema de Seguridad Social.

Conviene recordar, a este respecto y en primer lugar, que, con arreglo a los arts. 56 y 66 del Tratado CE, los Estados miembros están facultados para establecer límites a la libre prestación de servicios por razones de salud pública. No obstante, dicha facultad no les permite dejar al sector de la salud pública, como sector económico y desde el punto de vista de la libre prestación de servicios, fuera del ámbito de aplicación del principio fundamental de libre circulación (STJCEE Gül, de 7 de mayo de 1986, C-131/85). A este respecto, hay que subrayar que los requisitos de acceso y de ejercicio de las actividades de médico y de dentista han sido objeto de varias Di-

rectivas de coordinación o de armonización [véanse las Directivas 78/686/CEE del Consejo, 25 jul.78, sobre reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de odontólogo, que contiene además medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios; 78/687/CEE del Consejo, 25 jul.78, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los odontólogos; y 93/16/CEE del Consejo, 5 abr.93, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos]. De ello resulta que deben reconocerse a los médicos y dentistas establecidos en otros Estados miembros todas las garantías equivalentes a las concedidas a los médicos y dentistas establecidos en el territorio nacional a efectos de la libre prestación de servicios. Asimismo se desprende que una normativa como la aplicable no puede estar justificada por razones de salud pública con el fin de proteger la calidad de las prestaciones médicas dispensadas en otros Estados miembros. Por lo que se refiere al objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, procede señalar que, aun cuando dicho objetivo esté intrínsecamente ligado al método de financiación del sistema de Seguridad Social, puede también estar sujeto a las excepciones por razones de salud pública en virtud del art. 56 del Tratado, en la medida en que contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud. De hecho, el art. 56 del Tratado permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de su población (STJCEE Campus Oil y otros, de 10 de julio de 1984, C-72/83). No se ha demostrado, sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, que la normativa controvertida en el litigio principal sea

necesaria para garantizar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos. Ninguna de las partes que han presentado observaciones ha sostenido que dicha normativa sea indispensable para el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica esencial en el territorio nacional. Por consiguiente, procede llegar a la conclusión de que la normativa objeto de controversia no está justificada por razones de salud pública, considerando, en conclusión, que los arts. 59 y 60 del Tratado se oponen a una normativa nacional que supedita a la autorización del organismo de Seguridad Social del asegurado el reembolso, con arreglo al baremo del Estado de afiliación, de las prestaciones de cuidados dentales dispensadas por un ortodoncista establecido en otro Estado miembro.

- **Cuidados especiales por terceras personas para enfermos**

1. El Tribunal se plantea en la Sentencia Molenaar de 5 de marzo de 1998, C-160/96 el conflicto entre el Sr. y la Sra. Molenaar, de nacionalidad neerlandesa y alemana respectivamente, por una parte, y la Administración alemana, por otra, respecto al derecho de aquéllos a obtener prestaciones del seguro social alemán de asistencia en caso de necesidad de cuidados especiales. Dicho seguro, destinado a cubrir los gastos ocasionados por la necesidad de cuidados especiales de las personas aseguradas, es decir, por la necesidad permanente que tienen de recurrir, en gran medida, a la ayuda de otras personas para llevar a cabo los actos esenciales de la vida (higiene corporal, alimentación, desplazamientos, mantenimiento de la vivienda, etc.), acompaña al seguro de enfermedad por cuanto los asegurados a este último con carácter voluntario u obligatorio han de cotizar al seguro anterior, esto es, al seguro de asistencia. Este último da derecho, en primer lugar, a prestaciones destinadas a cubrir los gastos ocasionados por los cuidados prestados a domicilio por terceras personas. Estas prestaciones, denominadas «cuidados a do-

micilio», cuya cuantía depende del grado de necesidad de la persona de que se trate, pueden proporcionarse, a elección del asegurado, bien en forma de cuidados dispensados por organismos autorizados, bien en forma de un subsidio mensual, denominado «subsidio por cuidados», que permite al beneficiario elegir la forma de ayuda que considere más adecuada a su situación. Asimismo se asumen los gastos ocasionados por los cuidados dispensados al asegurado en centros de acogida o en establecimientos de asistencia, a prestaciones destinadas a suplir la ausencia por vacaciones del tercero que se ocupe habitualmente del asegurado o a prestaciones e indemnizaciones que cubren diversos gastos ocasionados por el estado de necesidad de la persona, como la compra y la instalación de equipamiento especializado o la realización de obras de reforma del domicilio. Por último, en determinadas circunstancias el seguro de asistencia se hace cargo del pago de cotizaciones del seguro de vejez e invalidez y del seguro de accidentes del tercero que asista a la persona asegurada.

En virtud de la ley alemana, la obtención de las prestaciones del seguro de asistencia está supeditada a la residencia del asegurado en territorio alemán. El Sr. y la Sra. Molenaar ejercen en Alemania una actividad por cuenta ajena, aunque residen en Francia y ambos están afiliados voluntariamente al seguro de enfermedad alemán y, por tanto, al seguro de asistencia. Sin embargo, la Caja de Seguridad Social competente les informó de que mientras residieran en Francia no podían reclamar el pago de las prestaciones del seguro de asistencia. Es jurisprudencia del TJCEE (STJCEE Troiani, de 18 de mayo de 1989, C-368/87, Vougioukas, de 22 de noviembre de 1995, C-443/93) que, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la libre circulación consagrado por el art. 48 del Tratado, el Consejo se encuentra obligado, en virtud del art. 51 del Tratado CE, a adoptar un régimen que permita a los trabajadores salvar los obstáculos que para ellos pudieran derivarse de las normas nacionales relativas

a la Seguridad Social. Una obligación que se considera cumplida tras la adopción del Reglamento 1408/71. Recuerda el TJCEE que la distinción entre prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 y prestaciones incluidas en él se basa esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada como prestación de Seguridad Social por una legislación nacional (STJCEE Hughes, de 16 de julio de 1992, C-78/91). Asimismo el TJCEE ha defendido en anteriores ocasiones que una prestación podrá considerarse como prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, la prestación se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el art. 4.1 del Reglamento n. 1408/71 (SSTJCEE Hoeckx, de 27 de marzo de 1985, C-249/83 y Newton, de 20 de junio de 1991, C-356/89).

En efecto, esta enumeración tiene carácter exhaustivo, de modo que toda rama de Seguridad Social que no esté mencionada en ella escapa a esta calificación, aun cuando confiera a los beneficiarios una posición legalmente definida que dé derecho a una prestación (STJCEE Otte, de 11 de julio de 1996, C-25/95). Parece admitido por el Tribunal que de la prestación en cuestión, las disposiciones relativas a la concesión de las prestaciones del seguro de asistencia confieren a los beneficiarios un derecho legalmente definido. Asimismo se deduce que las prestaciones del seguro de asistencia están destinadas a potenciar la autonomía de las personas necesitadas de tal asistencia, especialmente a nivel económico. En particular, el sistema creado prefiere incentivar la prevención y la readaptación antes que los cuidados y promover el recurso a los cuidados a domicilio antes que a los

cuidados en residencias. El seguro de asistencia da derecho a la asunción, total o parcial, de determinados gastos ocasionados por la necesidad de ayuda del asegurado, garantizando además a algunos terceros una cobertura de los riesgos de accidente, vejez e invalidez. Por consiguiente, prestaciones de estas características están destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad, al que, por otra parte, están vinculadas desde el punto de vista de la organización, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales. En estas circunstancias, y aun cuando presenten características propias, tales prestaciones deben ser consideradas «prestaciones de enfermedad» en el art. 4.1 del Reglamento 1408/71. Teniendo en cuenta que el art. 19.1.a) y b) del Reglamento anterior permite tanto el disfrute de las prestaciones en especie como de las prestaciones en metálico a quienes residan en un Estado distinto y en tanto, en virtud de los arts. 25 y 28 del mencionado Reglamento, este beneficio se aplica tanto a trabajadores en paro como a los titulares de pensiones o rentas derivadas de la legislación de un Estado distinto al de residencia, procede matizar la naturaleza de la prestación objeto del litigio.

2. Las prestaciones del seguro de asistencia consisten, en parte, en la asunción o el reembolso de los gastos ocasionados por la necesidad de cuidados especiales del interesado, especialmente de los gastos médicos que implica esta situación. Tales prestaciones están indudablemente incluidas entre las «prestaciones en especie» a que se refieren el art. 19.1.a) y los arts. 25 y 28 del Reglamento 1408/71. Por lo demás, si bien es cierto que también el subsidio por cuidados está destinado a cubrir determinados gastos ocasionados por la necesidad de cuidados, en particular los relativos al auxilio proporcionado por un tercero, y no a compensar una pérdida de salario sufrida por el beneficiario, no es menos cierto que presenta característi-

cas que lo distinguen de las prestaciones en especie del seguro de enfermedad. En primer lugar, el pago del subsidio es periódico y no está supeditado ni a la realización previa de determinados gastos, como los gastos de cuidados, ni, con mayor motivo, a la presentación de documentos acreditativos de los gastos ocasionados. En segundo lugar, la cuantía del subsidio se fija con independencia de los gastos realmente realizados por el beneficiario para subvenir a las necesidades más esenciales de su vida. En tercer lugar, el beneficiario dispone de una amplia libertad en la utilización de las cantidades que se le abonan. En particular, el subsidio por cuidados puede ser utilizado por el beneficiario para gratificar a una persona de su familia o de su círculo que le cuide benévolamente. Consecuentemente, el subsidio por cuidados se presenta como una ayuda económica que permite mejorar, en conjunto, el nivel de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales, de forma que se compense el incremento de los gastos ocasionado por el estado en que se encuentran. Por consiguiente, debe considerarse que una prestación como el subsidio por cuidados está incluida entre las «prestaciones en metálico» del seguro de enfermedad a que se refieren los arts. 19.1.b), 25.1. y 28.1.b) del Reglamento 1408/71. En estas circunstancias, y con base en el art. 19.1.a) del Reglamento 1408/71, un trabajador por cuenta ajena que resida en un Estado miembro distinto del Estado de empleo tiene derecho a que se le abonen, en el Estado miembro de residencia, prestaciones como las prestaciones en especie del seguro de asistencia en la medida en que la legislación de este último Estado, independientemente de la denominación más específica del sistema de protección social en el que se inserte, establezca el pago de prestaciones en especie destinadas a cubrir los mismos riesgos que los cubiertos por el seguro de asistencia en el Estado miembro de empleo. El pago de estas prestaciones será realizado por la institución del lugar de residencia según las disposiciones previstas por la

legislación del Estado miembro de residencia. Lo mismo cabe apuntar en relación a los desempleados y a los titulares de pensiones o rentas debidas en virtud de la legislación de un Estado miembro distinto del país de residencia, en virtud de la letra a) del apartado 1 del artículo 25 y de la letra a) del apartado 1 del artículo 28 del Reglamento n. 1408/71. Por otra parte, del art. 19.1.b) del Reglamento 1408/71 se deduce que el trabajador tiene derecho al pago de prestaciones en metálico, como el subsidio por cuidados en el Estado miembro en que resida, aunque la legislación de este último Estado no establezca prestaciones de este tipo. Las prestaciones de esta clase serán abonadas por la institución competente del Estado miembro de empleo en las condiciones previstas por la legislación de este último Estado. Afirmación extensiva a los desempleados y a los titulares de pensiones o rentas debidas en virtud de la legislación de un Estado miembro distinto del país de residencia, en virtud de los arts. 25 y 28 del Reglamento 1408/71.

Por consiguiente, una disposición como la contenida en la legislación alemana mediante la cual se prohíbe el pago de prestaciones «en metálico» del seguro de asistencia en el Estado miembro en que resida el trabajador migrante, infringe lo dispuesto en el art. 19.1.b) del Reglamento 1408/71. También infringe, respecto a los desempleados y a los titulares de pensiones o rentas debidas en virtud de la legislación de un Estado miembro distinto del país de residencia, lo dispuesto los arts. 25.1.b) y 28.1.b) Reglamento 1408/71, respectivamente. No obstante, ni esta infracción ni el hecho de que las prestaciones en especie del seguro de asistencia sean abonadas por la institución del lugar de residencia confieren a los trabajadores migrantes el derecho a ser eximidos, total o parcialmente, del pago de las cotizaciones destinadas a la financiación del seguro de asistencia. En efecto, ninguna norma de Derecho comunitario impone a la institución competente la obligación de comprobar que un trabajador puede eventualmente acoger-

se a la totalidad de las prestaciones de un régimen del seguro de enfermedad antes de proceder a su afiliación y al cobro de las correspondientes cotizaciones. El derecho a las prestaciones se aprecia, en función de los requisitos exigidos por la legislación del Estado competente, en la fecha de nacimiento de este derecho, de forma que la situación existente en la fecha en la que se exige la cotización carece de relevancia a este respecto. Así cabe afirmarlo especialmente respecto a la residencia del trabajador, que no es un dato fijado definitivamente en el momento de su afiliación o del pago de sus cotizaciones. Además, el reconocimiento de un derecho a la exención equivaldría a consagrar, respecto al alcance de los riesgos cubiertos por el seguro de enfermedad, una diferencia de trato entre las personas afiliadas, dependiendo de que residan o no en el territorio del Estado de afiliación. Ofrecer al trabajador migrante la opción de la exención equivaldría a exigir al Estado competente que renunciara de antemano al beneficio del mecanismo establecido por los arts. 19.1, 25.1 y 28.1 del Reglamento 1408/71. En todo caso, la cotización a un régimen del seguro de enfermedad genera, en principio, a favor del trabajador asegurado un derecho a percibir las prestaciones correspondientes cuando cumpla los requisitos exigidos por la legislación del Estado competente, excepto aquellas que no sean conformes a las disposiciones del Derecho comunitario aplicables en materia de Seguridad Social. Por tanto, para percibir el subsidio de asistencia, el Sr. y la Sra. Molenaar podrían legítimamente invocar directamente el Reglamento 1408/71, a pesar de las disposiciones de Derecho nacional contrarias a él. En definitiva, este pronunciamiento del TJCEE sirve para concluir que los arts. 6 y 48.2 del Tratado no se oponen a que un Estado miembro imponga a las personas que trabajen en su territorio pero residan en otro Estado miembro la obligación de cotizar a un régimen de Seguridad Social que cubra el riesgo de necesidad de asistencia, si bien los arts. 19.1, 25.1. y 28.1 del Reglamento 1408/71 impiden

en cambio que el beneficio de un subsidio como el subsidio por cuidados, que constituye una prestación en metálico del seguro de enfermedad, se supedita a la residencia del asegurado en el territorio del Estado de afiliación.

## 2.2. De los funcionarios públicos. Acción protectora

### a) Jubilación forzosa

1. La Sentencia H de 11 de junio de 1998, C-291/97 resuelve el recurso interpuesto por la Sra. H con arreglo al art. 49 del Estatuto del Tribunal de Justicia, contra la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia el 3 de junio de 1997, H/Comisión (T-196/95, RecFP p. II-403), en la cual este órgano jurisdiccional desestimó, el recurso que la demandante había presentado contra la decisión de la Comisión por la que se le jubiló de oficio. Mediante decisión del médico asesor se obligó a la demandante, antigua funcionaria de grado B 3 de la Comisión, a aceptar una licencia de oficio por enfermedad, con arreglo al art. 59.2 del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas. La Comisión de invalidez asignada para el diagnóstico de la demandada llegaría a la conclusión de que la demandante se hallaba afectada por una invalidez permanentemente considerada total, la cual le hacía imposible el ejercicio de las funciones correspondientes a un empleo de su carrera, por lo que la Sra. H estaba obligada a suspender su servicio en la Comisión. Basándose en este dictamen se procedió a jubilar de oficio a la demandante. La Sra. H interpuso ante el Tribunal de Primera Instancia un recurso con objeto de anular el dictamen de la Comisión de invalidez así como la decisión por la que se la jubiló de oficio.

2. Entiende el TJCEE que corresponde únicamente al Tribunal de Primera Instancia apreciar la importancia que ha de atribuirse a los elementos que le han sido sometidos, siempre que dichas pruebas se hayan

obtenido de modo regular y se hayan observado los principios generales del Derecho y las normas procesales en materia de carga y valoración de la prueba. Por consiguiente, dicha apreciación no constituye, excepto en caso de desnaturalización de estas pruebas, una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia (STJCEE AIUFFASS y AKT/Comisión, de 6 de octubre de 1997, C-55/97). En el marco de un recurso de casación, la competencia del Tribunal de Justicia está limitada al examen de la apreciación, por parte del Tribunal de Primera Instancia, de los motivos objeto de debate ante dicho Tribunal (STJCEE San Marco/Comisión, 17 sept.96, Asunto C-19/95). Pues bien, al examinar los elementos del asunto, el Tribunal considera que, dado que la demandante había sido convocada por escrito y se había negado a ponerse en contacto con los miembros de la Comisión de invalidez, y puesto que había tenido, por tanto, la posibilidad de dirigir a la Comisión de invalidez los informes médicos que considerase pertinentes, el Tribunal de Primera Instancia procedió a una apreciación de hecho que no está sujeta al control del Tribunal de Justicia con lo que no puede ser resuelto por este último el conflicto planteado.

#### b) *Prestaciones familiares por hijo a cargo*

1. La Sentencia Kulzer de 5 de marzo, C-94/1996 resuelve el litigio suscitado entre el Sr. Kulzer y el Freistaat Bayern en relación con la concesión de prestaciones familiares por hijo a cargo. Atendiendo al Reglamento 1408/71 y a las normas contenidas en la ley federal de asignaciones por hijo a cargo, el reclamante —funcionario de policía retirado, de nacionalidad alemana y con residencia en ese país— entiende que tiene derecho a dicha prestación. Sin embargo, la ley alemana citada considera que así como las personas que tienen su domicilio o su residencia habitual en Alemania tendrán derecho a las prestaciones familiares para sus hi-

jos y asimilados, cuando los hijos no tengan su domicilio ni su residencia habitual en Alemania no serán tenidos en cuenta para el cálculo de las prestaciones familiares. El Sr. Kulzer, de nacionalidad alemana, reside en Alemania y, como funcionario de policía retirado, percibe una pensión de la Administración alemana. Es el padre de una niña que se trasladó a Francia con su madre, de nacionalidad francesa y divorciada del Sr. Kulzer. Después de la defunción de su madre, la niña continuó viviendo en Francia, en casa de sus abuelos franceses. Fue escolarizada en este país y, durante las vacaciones escolares, visitaba regularmente a su padre, el cual sufragó siempre sus gastos de educación y de manutención. El Sr. Kulzer hizo una declaración de segunda residencia ante las autoridades alemanas a nombre de su hija. Las autoridades francesas nunca le pagaron prestaciones familiares.

De acuerdo con el art. 2 del Reglamento 1408/71, son los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros los que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación. En la STJCEE Pierik, de 31 de mayo 1979, C-182/78, el TJCEE consideró que el concepto de «trabajador», que tiene un alcance general, comprende a cualquier persona que, ejerciendo o no una actividad profesional, posea la condición de asegurado con arreglo a la legislación de Seguridad Social de uno o de varios Estados miembros. De ello se deduce que los titulares de una pensión o de una renta en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros, aunque no ejerzan una actividad profesional, están comprendidos, por su afiliación a un régimen de Seguridad Social, en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Reglamento relativas a los «trabajadores», excepto si son objeto de disposiciones particulares. Prevé asimismo el art. 2.3 del Reglamento que el mismo se aplique también a los funcionarios en la medida en que

estén o hayan estado sometidos a la legislación de un Estado miembro a la cual es aplicable el Reglamento. En el sistema del Tratado, los funcionarios son considerados trabajadores por cuenta ajena (STJCEE Van Poucke, de 24 de marzo de 1994, C-71/93). Por los mismos motivos que en la sentencia Pierik antes citada llevaron al TJCEE a considerar que el concepto de «trabajador» se refiere también a los trabajadores jubilados, debe entenderse que el concepto de «funcionario», que forma parte de una disposición de alcance general que define el ámbito de aplicación personal del Reglamento, se refiere a los funcionarios jubilados que ya no desarrollan una actividad profesional, en la medida en que están o han estado sometidos a la legislación de un Estado miembro a la cual es aplicable el presente Reglamento. En cuanto a la circunstancia de que la persona a la que se refiere el litigio nunca se haya desplazado dentro de la Comunidad, debe señalarse que el Reglamento 1408/71, en su versión inicial, enuncia que, «ante las importantes diferencias que median entre las diversas legislaciones nacionales en cuanto a su campo de aplicación *ratione personae*, es preferible sentar el principio según el cual el Reglamento es aplicable a todos los nacionales de los Estados miembros asegurados dentro del marco de los regímenes de Seguridad Social instituidos en beneficio de los trabajadores por cuenta ajena». Por otra parte, según el art. 1 del Reglamento 1408/71, las expresiones «trabajador por cuenta ajena» y «trabajador por cuenta propia», se refieren a «toda persona», sin excepción, asegurada en el marco de uno de los regímenes de Seguridad Social mencionados en dicho artículo contra las contingencias y con los requisitos indicados en dicha disposición (STJCEE Kits van Heijningen, de 3 de mayo de 1990, C-2/89). Por lo demás, según el art. 2.1 y 2.3 del Reglamento éste se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los funcionarios que estén o hayan estado sometidos a la legislación de un único Estado miembro. Del mis-

mo modo, el TJCEE declararía en la STJCEE Singer, 9 de diciembre de 1965, C-44/65, que el art. 52 del Reglamento 3/58 relativo a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, se aplica a todos los titulares de prestaciones en virtud de la legislación de un Estado miembro y que el concepto de «trabajador» no se limita, pues, únicamente a los trabajadores migrantes *stricto sensu* o a los desplazamientos relativos al desempeño de su empleo. Sus normas, como las del Reglamento 1408/71, se refieren también a la situación en la que miembros de la familia del trabajador se desplazan dentro de la Comunidad. Por consiguiente, procede considerar que una persona como el demandante, que es funcionario jubilado y que sólo ha trabajado en el Estado del que es nacional, está comprendida en el ámbito de aplicación personal del Reglamento en el caso de que su hijo a cargo se haya desplazado con su ex cónyuge dentro de la Comunidad, si dicha persona está o ha estado sometida a la legislación de un Estado miembro a la que es aplicable el Reglamento.

2. Consecuentemente, no es necesario examinar la pertinencia de la circunstancia de que la ex cónyuge del demandante desarrollara una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia después de haberse desplazado dentro de la Comunidad. Pero sí si tal persona puede acogerse al art. 73 del Reglamento para percibir las prestaciones familiares previstas por la ley alemana. Aunque el citado precepto no hace referencia expresa a los funcionarios, la situación de una persona como el demandante del procedimiento principal, debe, en principio, asimilarse a la de los trabajadores por cuenta ajena a los que se refiere el art. 1 del Reglamento por cuanto en el sistema del Tratado se considera a los funcionarios como trabajadores por cuenta ajena. El concepto de «trabajador por cuenta ajena» que figura en el art. 73 del Reglamento está definido en el art. 1.a) pero su definición ha de hacerse en los términos recogidos en el Anexo I del Reglamento cuando la institución competente

para conceder las prestaciones familiares sea alemana. En efecto, de los propios términos de dicho Anexo se deduce que sólo los trabajadores asegurados obligatoriamente en el marco de uno de los regímenes mencionados en él tienen derecho a las prestaciones familiares alemanas en virtud del Capítulo 7 del Título III del Reglamento (STJCEE Merino García, de 12 de junio de 1997, C-266/95). En estas circunstancias, si se permitiera que un funcionario jubilado como el demandante del procedimiento principal invocara el art. 73 del Reglamento para percibir prestaciones familiares alemanas porque, por regla general, la situación de los funcionarios debe asimilarse a la de los trabajadores por cuenta ajena, se estaría infringiendo lo dispuesto en el Anexo I.

Sin embargo, es preciso, a su vez, conocer si el art. 77 del Reglamento debe interpretarse admitiendo a una persona que, como el demandante, es titular de una pensión concedida en virtud de un régimen especial de funcionarios o de personal asimilado. En la STJCEE Lohmann, 8 de marzo de 1979, C-129/78, el TJCEE declaró que el término «legislación» utilizado no se refiere a las leyes, reglamentos, disposiciones estatutarias o las demás medidas relativas a los tipos de prestaciones mencionadas en el art. 4 del Reglamento, entre los cuales se encuentran, particularmente, los regímenes especiales de los funcionarios o del personal asimilado. No obstante, esta conclusión no excluye que una persona que percibe una pensión con arreglo a un régimen especial de funcionarios o de personal asimilado pueda acogerse al art. 77 del Reglamento si también es titular de otra prestación de vejez contemplada por esta disposición. El hecho de que los autos no permitan deducir si es éste el caso en el que se encuentra el demandante, conduce al TJCEE a considerar que esta disposición resulta aplicable a la situación de una persona que, como en el supuesto que nos ocupa, sólo es titular de una pensión concedida en virtud de un régimen especial de funcionarios o de personal asimilado.

### 3. IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES

#### 3.1. En materia de empleo

##### a) *Despido discriminatorio*

1. La Sentencia Brown de 30 de junio de 1998, C-394/96, se detiene en el análisis del despido de la Sra. Brown por parte de la Rentokil Ltd, ocurrido durante su embarazo. De la resolución de remisión se deduce que la Sra. Brown trabajaba para Rentokil como conductora. Su actividad consistía principalmente en transportar y sustituir unidades «Sanitact» de tiendas y otros centros. Según la interesada, se trataba de un trabajo pesado. La Sra. Brown informó a Rentokil de que estaba encinta. Acto seguido se enfrentó a dificultades relacionadas con su embarazo. A partir de un determinado momento comienza a presentar una serie de certificados de baja de cuatro semanas que aludían a diferentes trastornos imputables al embarazo. Con posterioridad, dejó de trabajar. Rentokil había incluido una cláusula en los contratos de trabajo de los miembros de su personal según la cual, en caso de baja por enfermedad superior a veintiséis semanas ininterrumpidas, se despediría al trabajador afectado, fuera hombre o mujer. Los representantes de la empresa informaron a la Sra. Brown de que había transcurrido la mitad del período de veintiséis semanas y le recordaron que su contrato de trabajo finalizaría en una determinada fecha si antes de la misma no había reanudado su trabajo, tras un reconocimiento de un médico independiente. Ello le fue confirmado mediante carta del mismo día. La Sra. Brown no reanudó su trabajo con posterioridad a dicha carta y fue despedida, naciendo su hijo días más tarde.

En el momento en que se despidió a la Sra. Brown el art. 33 de la Employment Protection (Consolidation) Act 1978 establecía que una trabajadora ausente del trabajo total o parcialmente por causa de embarazo o de parto tenía derecho, siempre que concurre-

ran determinados requisitos, a reanudar el trabajo. En particular, la trabajadora debía haber estado empleada hasta inmediatamente antes del inicio de la undécima semana anterior a aquella en que se esperaba que tuviera lugar el alumbramiento y debía llevar empleada sin interrupción, como mínimo, dos años al comenzar esta undécima semana. De acuerdo con esta normativa, la Sra. Brown, al no llevar dos años empleada, no tenía derecho a ausentarse de su trabajo a partir del inicio de la undécima semana anterior al alumbramiento, con arreglo al art. 33 de la *Employment Protection (Consolidation) Act*, ni a reanudar su trabajo en cualquier momento durante las veintinueve semanas siguientes al referido acontecimiento. No obstante, y en atención a los arts. 46 a 48 de la *Social Security Act 1986*, habría tenido derecho a la prestación legal de maternidad.

2. Con carácter preliminar debe recordarse que, según el art. 1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, los Estados miembros han de mantener la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Por su parte, el art. 2.1 de la Directiva establece que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar. Asimismo, el art. 5.1 señala que la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.

El despido de una trabajadora por razón de su embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación basada en el sexo, de acuerdo con numerosos pronunciamientos del TJCEE

(SSTJCEE Dekker, de 8 de noviembre de 1990, C-177/88, Habermann-Beltermann, de 5 de mayo de 1994, C-421/92 y Webb, de 14 de julio de 1994, C-32/93). Como declaró el TJCEE en la sentencia Webb citada, al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere «al embarazo y a la maternidad», el art. 2.3 de la Directiva 76/207 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra. Precisamente en consideración al riesgo que un posible despido supone para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo, el legislador comunitario, con arreglo al art. 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, a la cual debían adaptarse los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, a más tardar, dos años después de su adopción, ha previsto ulteriormente una protección particular para la mujer, estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad.

En efecto, el art. 10 de la Directiva 92/85 no ha previsto ninguna excepción a la prohibición de despido de la mujer encinta durante dicho período, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada. Esta cuestión se refiere al despido de una trabajadora durante su embarazo debido a ausencias motivadas por una incapacidad laboral causada por dicho estado. El despido de la Sra. Brown radica en la circunstancia de

que estuviera enferma durante su embarazo hasta el punto de estar incapacitada para trabajar durante veintiséis semanas. Por lo demás, ha quedado acreditado que la causa de dicha enfermedad era el embarazo. Ahora bien, el despido de una mujer durante el embarazo no puede fundarse en motivos basados en la incapacidad, derivada de su estado, para desempeñar la actividad laboral a que se comprometió frente a su empresario. Si se acogiera semejante interpretación, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo quedaría reservada únicamente a las trabajadoras embarazadas que pudieran cumplir las obligaciones de su contrato de trabajo, de manera que las disposiciones de la Directiva 76/207 perderían su eficacia. En definitiva, si bien el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico, no es menos cierto que el embarazo es un período durante el cual pueden producirse trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de éste. Dichos trastornos y complicaciones, que pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen riesgos inherentes al embarazo y, por lo tanto, comparten la especificidad de este estado. En la sentencia Hertz, antes citada, el Tribunal de Justicia, basándose en el art. 2.3 de la Directiva 76/207, recordó, además, cómo la misma permite la adopción de disposiciones nacionales que garanticen a las mujeres derechos específicos a causa del embarazo y de la maternidad. De ello dedujo que durante el permiso por maternidad de que disfruta con arreglo al Derecho nacional, la mujer está protegida contra los despidos motivados por su ausencia. Y si bien es cierto que dicha protección contra el despido debe ser reconocida a la mujer durante el permiso de maternidad, el principio de no discriminación, por su parte, exige una protección similar durante todo el embarazo.

3. De todo lo anterior se deduce que el despido de una trabajadora producido duran-

te el embarazo y motivado por ausencias debidas a incapacidad laboral derivada del embarazo está relacionado con la aparición de riesgos inherentes a éste y, por lo tanto, debe considerarse fundado esencialmente en el mismo. Tal despido sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo. De ello se desprende que el art. 2.1 y el art. 5.1 de la Directiva 76/207 se oponen al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo. En cambio, en la medida en que aparezcan tras el permiso de maternidad, los estados patológicos causados por el embarazo o el parto están comprendidos en el ámbito de aplicación del régimen general aplicable en caso de enfermedad. En tal situación, la única cuestión que cabe plantear es si las ausencias de la trabajadora posteriores al permiso de maternidad y motivadas por la incapacidad laboral resultante de dichos trastornos son tratadas de la misma manera que las ausencias de un trabajador debidas a una incapacidad laboral de idéntica duración; si es así, no existe discriminación basada en el sexo. Por consiguiente y contrariamente a lo declarado por el Tribunal de Justicia en la STJCEE Larsson, de 29 de mayo de 1997, C-400/95, cuando una trabajadora está ausente debido a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, en el supuesto de que esa enfermedad haya sido contraída durante el embarazo y se haya prolongado durante y después del permiso de maternidad, dicha ausencia, no sólo durante el permiso de maternidad, sino también durante el período comprendido entre el inicio de su embarazo y el inicio del permiso de maternidad, no puede tenerse en cuenta para el cálculo del período que justifica su despido según el Derecho nacional. En cuanto a la ausencia de la trabajadora posterior al permiso de maternidad, podrá tenerse en cuenta en las mismas condiciones que la ausencia de un hombre a causa de una incapacidad laboral de idéntica duración. El TJCEE considera así que los arts. 2.1 y 5.1,

respectivamente, de la Directiva 76/207 se oponen al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo.

Por último, y para responder a otra de las cuestiones planteadas en este conflicto en relación a una cláusula contractual que permite al empresario despedir a los trabajadores, independientemente de su sexo, tras un número determinado de semanas de ausencia continuada, el TJCEE recurre a anteriores pronunciamientos. Respecto de dichas decisiones, el TJCEE recuerda cómo una discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (STJCEE Gillespie y otros, de 13 de febrero de 1996, C-342/93). En la medida en que la cláusula se utiliza para despedir a una trabajadora encinta por ausencias debidas a la incapacidad laboral que se deriva de su embarazo, la norma que contiene y que se refiere tanto a los hombres como a las mujeres es aplicada de la misma forma a situaciones diferentes, habida cuenta de que, como se desprende de la respuesta dada a la primera parte de la primera cuestión, la situación de una trabajadora encinta que se encuentra en un estado de incapacidad laboral causada por los trastornos relacionados con su embarazo no puede compararse con la situación de un trabajador masculino enfermo que esté ausente por incapacidad laboral durante el mismo espacio de tiempo. En consecuencia, la cláusula contractual controvertida, cuando se aplica en un caso como el de autos, supone una discriminación directa basada en el sexo. Considera, pues, el TJCEE que la circunstancia de que se despida a la trabajadora durante su embarazo en virtud de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a los trabajadores, independientemente de su sexo, después de un número determinado de semanas de ausencia continuada, no puede modificar la solución antes expuesta.

b) *Retribución en especie.  
Discriminación basada en la  
orientación sexual de la  
trabajadora*

1. Teniendo como objeto de discusión la retribución del trabajador se plantea un litigio entre la Sra. Grant y su empresario, South-West Trains Ltd, con motivo de la negativa por parte de este último a conceder reducciones en el precio de los transportes a la compañera de la Sra. Grant. A su resolución se destina la Sentencia Grant de 17 de febrero de 1998, C-249/96. La Sra. Grant es empleada de la compañía de ferrocarriles South-West Trains Ltd de la región de Southampton. En la cláusula 18 de su contrato de trabajo, titulada «Ventajas concedidas en materia de transportes», se reconoce expresamente que la trabajadora tendrá derecho «a la gratuidad y a las reducciones en el precio de los transportes aplicables a los empleados de su misma categoría. Su cónyuge y las personas a cargo de la trabajadora disfrutarán también de reducciones en materia de transporte. Estas reducciones serán concedidas discrecionalmente por (el empresario) y serán suprimidas en caso de abuso». El reglamento adoptado por el empresario para la aplicación de estas estipulaciones preveía, en su art. 8 referido al «cónyuge» que «las reducciones en el precio de los transportes serán concedidas a todo empleado casado... en favor de su cónyuge, salvo si este último está legalmente separado del empleado... Las reducciones en el precio de los transportes se concederán en lo que respecta al «common law opposite sex spouse» (expresión utilizada habitualmente para designar a la persona del otro sexo con la que se convive maritalmente) del empleado... previa presentación de una declaración formal de que existe una relación significativa desde hace dos años o más...». Dicho reglamento precisaba, además, las condiciones en que podían concederse las reducciones en el precio de los transportes al trabajador en activo, al trabajador que hubiera cesado, de manera provisional o definitiva, en su actividad, al cónyuge su-

pérsite del trabajador, a los hijos del trabajador y a las personas de su familia que estuvieran a su cargo.

Con arreglo a estas disposiciones, la Sra. Grant solicita a su empresa que se le concedan reducciones en el precio de los transportes en favor de la compañera con la que, según declaraba, tenía «una relación significativa» desde hacía más de dos años. La empresa deniega tal solicitud por estimar que, en el caso de personas no casadas, las reducciones en el precio de los transportes sólo podían concederse en favor de un compañero del otro sexo. Considerando que tal negativa constituye una discriminación por razón de sexo contraria al art. 119 del Tratado CEE o a la 76/207, la trabajadora plantea un recurso contra dicha decisión. En particular, alegará que su predecesor en el puesto de trabajo, un hombre que había declarado tener una relación significativa con una mujer desde hacía más de dos años, había disfrutado de las ventajas que se le negaban a ella. En atención a esta materia, debe recordarse que el TJCEE ya consideró que unas reducciones en el precio de los transportes concedidas por un empresario a sus antiguos empleados, a sus cónyuges o a las personas a su cargo, por razón del trabajo de dichos empleados, podían calificarse de «retribución», en el sentido del art. 119 del Tratado (STJCEE Garland, de 9 de febrero de 1992, C-12/81). En el presente asunto, consta que una reducción en el precio de los transportes concedida por un empresario, sobre la base del contrato de trabajo, en favor del cónyuge o de la persona, del otro sexo, con la que el trabajador mantiene una relación estable sin vínculo matrimonial, está comprendida en el ámbito de aplicación del art. 119 del Tratado. Por tanto, la Directiva 76/207 no se aplica a una ventaja de este tipo (STJCEE Gillespie y otros, de 13 de febrero de 1996, C-342/93).

2. Conviene destacar inicialmente que la normativa aplicable en la empresa donde trabaja la Sra. Grant prevé la concesión de

reducciones en el precio de los transportes al trabajador, a su «cónyuge», es decir, a la persona con la que el trabajador esté casado y de la que no esté legalmente separado, o a la persona del otro sexo con la que mantenga una relación «significativa» desde hace dos años o más, a sus hijos, a las personas de su familia que estén a su cargo y a su cónyuge supérstite. La denegación de la solicitud de la Sra. Grant se basa en el hecho de que ésta no reúne los requisitos previstos por dicha normativa y, más concretamente, que no vive con un «cónyuge» o con una persona del otro sexo con la que mantiene una relación «significativa» desde hace por lo menos dos años. Este último requisito, del que resulta que el trabajador debe vivir de manera estable con una persona del otro sexo para poder disfrutar de las reducciones en el precio de los transportes, es, igual que los demás requisitos alternativos previstos por el reglamento de la empresa, aplicado con independencia del sexo del trabajador de que se trate. Así pues, las reducciones en el precio de los transportes son denegadas a un trabajador de sexo masculino que viva con otro hombre, del mismo modo que se le deniegan a una trabajadora que viva con otra mujer. Dado que el requisito establecido por el reglamento de la empresa se aplica de igual modo a las trabajadoras que a los trabajadores, no puede considerarse que constituya una discriminación directamente basada en el sexo.

En lo que se refiere al Derecho de los Estados miembros, aun cuando en algunos de ellos la vida en común de dos personas del mismo sexo se equipara al matrimonio, aunque de modo incompleto, en la mayor parte de los Estados miembros se equipara a las relaciones heterosexuales estables sin vínculo matrimonial sólo en lo que respecta a un número limitado de derechos o, en último término, no es objeto de ningún reconocimiento específico. Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos estima que, a pesar de la evolución contemporánea de las mentalidades en cuanto a la homosexuali-

dad, las relaciones homosexuales duraderas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho al respeto de la vida familiar, protegido por el art. 8 del Convenio y que las disposiciones nacionales que, a efectos de protección de la familia, dan un trato más favorable a las personas casadas y a las personas de distinto sexo que conviven como marido y mujer que el que dispensan a las personas del mismo sexo que mantienen relaciones duraderas, no son contrarias al art. 14 del Convenio, que prohíbe las discriminaciones por razón de sexo. En un contexto diferente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta además el art. 12 del Convenio en el sentido de que se refiere únicamente al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Rees, 17 oct.86 y Cossey, 27 sept.90).

3. De cuanto precede resulta que, en el estado actual del Derecho en el seno de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo. Por consiguiente, el Derecho comunitario no obliga a un empresario a equiparar la situación de una persona que tiene una relación estable con un compañero del mismo sexo a la de una persona casada o que tiene una relación estable sin vínculo matrimonial con un compañero del otro sexo. En tales circunstancias, sólo al legislador puede corresponder adoptar, en su caso, medidas que puedan afectar a esa situación. Por lo demás, hay que añadir que las disposiciones de la Directiva que prohíben las discriminaciones entre hombres y mujeres no son más que la expresión, en el ámbito limitado que les es propio, del principio de igualdad, que es uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario. Estima el TJCEE que esta circunstancia aboga en contra de una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de dichas disposiciones y lleva a aplicar estas últimas

a las discriminaciones basadas en el cambio de sexo del trabajador. El TJCEE considera que, en realidad, tales discriminaciones se basan fundamentalmente, si no exclusivamente, en el sexo de la persona de que se trataba. Este razonamiento, que lleva a considerar que dichas discriminaciones deben prohibirse por la misma razón que las discriminaciones basadas en la pertenencia de una persona a un sexo determinado, con las que están estrechamente relacionadas, se limita al caso del cambio de sexo de un trabajador y, por tanto, no se aplica a las diferencias de trato basadas en la orientación sexual de una persona.

Y no cabe alegar para eludir esta consideración a los acuerdos recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966. Ciertamente, dicho Pacto figura entre los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta para la aplicación de principios generales del Derecho comunitario (SSTJCE Orkem/Comisión, de 18 de octubre de 1989, C-374/87 y Dzodzi, de 18 de octubre de 1990, Asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89). No obstante, si bien el respeto de los derechos fundamentales que forman parte de dichos principios generales constituye un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, estos derechos no pueden, en sí mismos, producir el efecto de ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado más allá de las competencias de la Comunidad. Observaciones de este tipo no pueden conducir al Tribunal a ampliar el alcance del art. 119 del Tratado CEE. En tales circunstancias, el alcance de este artículo, como el de toda disposición de Derecho comunitario, sólo puede determinarse teniendo en cuenta su tenor literal y su objetivo, así como el lugar que ocupa en el sistema del Tratado y el contexto jurídico en el que se integra dicha disposición. Pues bien, de las consideraciones expuestas sólo cabe concluir que, en su estado actual, el Derecho comunitario no se aplica a una discrimi-

minación basada en la orientación sexual, como la que es objeto de litigio.

### c) *Calificación profesional*

1. La Sentencia Thibault de 30 de abril de 1998, C-136/95 resuelve el conflicto planteado en el marco de un litigio entre la Mutualidad Nacional del Seguro de Vejez de los Trabajadores por Cuenta Ajena y la Sra. Thibault, en relación con la negativa de la Mutualidad la calificación de la Sra. Thibault. El art. 1.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo. Este principio se denomina «principio de igualdad de trato». Dicho principio supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar y no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. A tenor del art. 2.4, la Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en art. 1.1. En atención al art. 5.1 de la Directiva, la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.

En Francia, y con arreglo al art. 45 del CC nacional del personal de los organismos de la

Seguridad Social, las trabajadoras encinta que hayan completado un período mínimo de trabajo en un organismo tendrán derecho a dieciséis semanas de permiso por maternidad, con mantenimiento de la totalidad de su salario, período que podrá ampliarse a veintiocho semanas. Atendiendo al art. 46 del CC, la trabajadora podrá, al finalizar el permiso por maternidad, solicitar un permiso de tres meses durante el cual percibirá la mitad de su salario o un permiso de un mes y medio con su salario completo. A tenor del artículo L 122-26-2 del Código de Trabajo francés, a efectos de determinar los derechos que para la trabajadora por cuenta ajena se derivan de su antigüedad, el período de duración del permiso por maternidad se equiparará a un período de trabajo efectivo. Por su parte, el art. 3 de un acuerdo adicional al CC pactado con posterioridad dispone que, a efectos de la clasificación de los puestos de trabajo, deberá considerarse como tiempo de «práctica profesional» no sólo la presencia efectiva, sino también determinadas ausencias, tales como las vacaciones anuales, los permisos móviles y excepcionales, los permisos de corta duración, los mandatos de los representantes sindicales y las ausencias diversas dentro del límite de cinco días laborables por cada período de seis meses. Por su parte, el art. 3 bis dispone que el permiso por maternidad se deberá tener en cuenta en el período de práctica profesional, en el mismo concepto que las ausencias antes enumeradas. Por lo demás, los arts. 29 a 31 del CC establecen el procedimiento de promoción económica de los agentes, que puede llegar hasta un incremento máximo del 40% del sueldo. En lo que atañe al incremento discrecional del 2%, el CC dispone que todo agente que esté presente al menos seis meses al año deberá ser objeto de calificación por parte de sus superiores jerárquicos.

2. La Sra. Thibault fue contratada por la Mutualidad en calidad de agente técnico y ascendida a redactora jurídica. Disfrutó con posterioridad de un permiso por maternidad, prolongado por otro con reducción de

la mitad del salario. Con posterioridad, la Mutualidad se negó a calificar a la Sra. Thibault considerando que, debido a sus ausencias, no reunía los requisitos exigidos por dicha disposición, en concreto, seis meses de presencia. Su demanda se dirige a cuestionar la decisión adoptada por entender que la falta de calificación basada en una ausencia por maternidad constituye una medida discriminatoria y que, por esta razón, había perdido una oportunidad de promoción. En el marco del reparto de funciones entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, en que se basa el art. 177 del Tratado, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar los hechos que dieron lugar al litigio, así como interpretar las disposiciones del Derecho nacional y decidir sobre su aplicación al caso concreto (SSTJCEE Kempf, de 3 de junio de 1986, C-139/85 y Sinatra, de 13 de marzo de 1986, C-296/84). Compete asimismo al Tribunal nacional, dentro del margen de apreciación que le otorga su Derecho interno, dar a la Ley que se apruebe para cumplir la Directiva una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho comunitario (STJCEE Von Colson y Kamann, de 10 de abril de 1984, C-14/83).

La Directiva citada permite la adopción de disposiciones nacionales que garanticen a las mujeres derechos específicos a causa del embarazo y de la maternidad, tales como el permiso por maternidad (STJCEE *Handelsog Kontorfunktionærernes Forbund*, de 8 de noviembre de 1990, C-179/88). Por otro lado, conviene observar que, al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere «al embarazo y a la maternidad», el art. 2.3 de la Directiva reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato, por una parte, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, y, por otra parte, de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al emba-

razo y al parto (SSTJCEE Hofmann, de 12 de julio de 1994, C-184/83, Habermann-Beltermann, de 5 de mayo de 1994, C-421/92 y Webb, de 14 de julio de 1994, C-32/93). La atribución de tales derechos, reconocidos en la Directiva, tiene como finalidad garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres tanto en lo que se refiere al acceso al empleo (art. 3.1) como en lo relativo a las condiciones de trabajo (art. 5.1). Por consiguiente, el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud del art. 2.3 no puede dar lugar a un trato desfavorable ni en lo que atañe a su acceso al empleo ni en lo que respecta a sus condiciones de trabajo. Desde esta perspectiva, la Directiva tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal. Pues bien, el derecho de todo empleado a ser objeto de un informe de calificación cada año y, en consecuencia, a poder beneficiarse de una promoción profesional forma parte integrante de las condiciones de su contrato de trabajo en el sentido del art. 5.1 de la Directiva.

Por tanto, es precisamente a la luz del art. 5.1 de la Directiva en relación con el art. 2.3 como procede examinar si una normativa, tal como la controvertida, garantiza a los trabajadores y a las trabajadoras las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo. El principio de no discriminación exige que la trabajadora, que en virtud del contrato de trabajo sigue estando vinculada al empresario durante su permiso de maternidad, no se vea privada de sus condiciones de trabajo que se aplican tanto a los trabajadores de sexo femenino como a los de sexo masculino y que derivan de dicha relación laboral. En circunstancias tales como las presentes, privar a una trabajadora del derecho a ser objeto de una calificación anual la discriminaría únicamente en su condición de trabajador, puesto que, de no haber estado encinta y de no haber hecho uso del permiso por maternidad al que tenía derecho, dicha trabajadora habría sido calificada respecto del año de referencia y, por consiguiente, habría podido beneficiarse de una promo-

ción profesional. El TJCEE no ha dudado en reconocer que los Estados miembros disponen de una facultad de apreciación en cuanto a las medidas sociales que deben adoptar para garantizar, en el marco trazado por la Directiva, la protección de una trabajadora en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, así como en lo relativo a la naturaleza de las medidas de protección y a las modalidades concretas de su realización. No obstante, dicha facultad de apreciación, que debe ejercerse dentro del marco de la Directiva, no puede servir de fundamento para el trato desfavorable a una trabajadora en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo. Por tanto, se debe señalar que una mujer que sufre un trato desfavorable consistente en verse privada del derecho a ser objeto de una calificación anual y, en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional debido a una ausencia por permiso por maternidad, resulta discriminada por razón de su embarazo y de su permiso por maternidad. Semejante comportamiento constituye una discriminación basada directamente en el sexo, a efectos de la Directiva. En definitiva, el art. 2.3 y el art. 5.1 de la Directiva se oponen a una normativa nacional que prive a una mujer del derecho a ser calificada y, en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional, por haber estado ausente de la empresa debido a un permiso por maternidad.

### 3.2. En materia de Seguridad Social. Diferente edad de jubilación para hombres y mujeres

1. A través de pronunciamientos de la misma fecha, 30 de abril de 1998, se resuelven los asuntos acumulados C-377/96, C-378/96, C-379/96, C-380/96, C-381/96, C-382/96, C-383/96, C-384/96 en relación a la vulneración del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social en el marco de los litigios entre los Sres. De Vriendt (C-377/96), Van

Looveren (C-378/96), Grare (C-379/96), Boeykens (C-380/96), Serneels (C-381/96), Parotte (C-382/96), Delbrouck (C-383/96) y Props (C-384/96) y la Caja nacional de pensiones belga sobre el cálculo de sus pensiones. La norma que regula las pensiones de jubilación y de supervivencia de los trabajadores por cuenta ajena establece la edad normal de jubilación a los 65 años para los hombres y a los 60 años para las mujeres. En virtud de la misma, el derecho a la pensión de jubilación se cause por años naturales, a razón de una fracción de las retribuciones percibidas por el interesado, cuya cuantía se fijaba de acuerdo con determinadas normas particulares y que se tomaban en consideración en un 75% o un 60%, según tuviere o no un cónyuge a cargo. La fracción correspondiente a cada año natural tenía como numerador la unidad y como denominador una cifra que no podía ser superior a 45 para los hombres y a 40 para las mujeres. Cuando la duración de la vida laboral era superior a 40 o a 45 años, se tenían en cuenta los años naturales más favorables comprendidos en dicho período. La norma belga establece que tanto las mujeres como los hombres podían anticipar su pensión de jubilación cinco años en relación con su edad mínima, lo que implicaba una reducción de esta pensión en un 5% por cada año de anticipación.

Con todo, la facultad de anticipar la jubilación fue suprimida respecto a las mujeres mediante un Real Decreto en 1976. A partir del 1 de enero de 1991, un nuevo régimen, instaurado mediante la Ley por la que se establece una edad flexible de jubilación para los trabajadores por cuenta ajena y por la que se adaptan las pensiones de los trabajadores por cuenta ajena a la evolución del bienestar general, permite a todos los trabajadores por cuenta ajena, de ambos sexos, jubilarse a partir de los 60 años de edad. En relación al cálculo del importe de la pensión, la ley prevé que el derecho a la pensión de jubilación se cause por años naturales, a razón de una fracción de las retribuciones del interesado, cuyo denominador no puede ser su-

perior a 45 para los hombres y a 40 para las mujeres. Dicha ley suprimiría asimismo respecto a los hombres la reducción de la pensión en un 5% por año de anticipación.

2. El art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, 19 dic.78, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social prohíbe toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en lo relativo al cálculo de las prestaciones, entre ellas las de vejez. No obstante, el art. 7.1 de la Directiva, que establece excepciones a este principio, dispone que la Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones. En el asunto que dio lugar a la STCEE Van Cant, de 1 de julio de 1993, C-154/92, se cuestionaba si el modo de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores de sexo masculino, en la forma que acaba de exponerse, constituía una discriminación por razón del sexo en el sentido del artículo 4 de la Directiva. En dicha sentencia, el TJCEE consideraría que, en el supuesto de que una normativa nacional hubiera suprimido la diferencia en la edad de jubilación que existía entre los trabajadores de sexo masculino y de sexo femenino, elemento de hecho cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional nacional, ya no podrá invocarse la letra a) del art. 7.1 de la Directiva para justificar el mantenimiento de una diferencia en el modo de cálculo de la pensión de jubilación que estaba relacionada con dicha diferencia en la edad de jubilación. En la misma sentencia, el TJCEE estimaría a continuación, que los arts. 4.1 y 7.1 de la Directiva se oponen asimismo a que una normativa nacional, que autoriza a los trabajadores de sexo masculino y de sexo femenino a jubilarse a partir de la misma edad, mantenga en el modo de cálculo de la pensión una diferencia por razón de sexo que está relacionada con

la diferencia en la edad de jubilación que existía anteriormente. Con posterioridad, el Parlamento belga aprobaría normas de interpretación definiendo el concepto de «pensión de jubilación» y entendiendo que para aplicar una edad flexible de jubilación para los trabajadores por cuenta ajena y por la que se adaptan las pensiones de los trabajadores por cuenta ajena a la evolución del bienestar general, se considerará «pensión de jubilación» a los ingresos sustitutorios concedidos al beneficiario no apto para trabajar por razón de vejez, situación que se presume producida al cumplir los 65 años de edad para los beneficiarios masculinos y los 60 años de edad para los femeninos. Más tarde, la norma que sirve para modernizar el sistema de Seguridad Social y para garantizar la viabilidad de los regímenes obligatorios de pensiones concretaría el mantenimiento de la edad de jubilación al cumplir los 65 años y el cálculo de la pensión en cuarentaicinco años para los hombres; el aumento progresivo de la edad de jubilación a 65 años y el cálculo de la pensión para las mujeres, durante un período transitorio de 13 años que finaliza en el año 2009; la adaptación simultánea, con la misma progresión, de los límites de edad en los demás sectores de la Seguridad Social, para llegar también al límite de concesión a la edad de 65 años para las mujeres en el año 2009. Y, por último, el mantenimiento de la flexibilidad de la edad de jubilación, es decir, de la posibilidad de obtener la pensión anticipada a los 60 años de edad para los hombres y mujeres para la que se exige haber cumplido un requisito respecto a la duración de la vida laboral, en concreto 20 años en 1997 hasta llegar progresivamente a los 35 años de vida laboral en el año 2005.

De acuerdo con una jurisprudencia reiterada del TJCEE, la posibilidad de establecer excepciones prevista en la letra a) del art. 7 de la Directiva 79/7 debe ser interpretada de manera restrictiva (STJCEE Thomas y otros, de 30 de marzo de 1993, C-328/91). Así, en el supuesto de que, en aplicación de este artículo, un Estado miembro tenga estableci-

da una edad de jubilación diferente para los hombres y para las mujeres a efectos de la concesión de pensiones de vejez y de jubilación, el ámbito de la excepción permitida se limita a las discriminaciones que estén necesaria y objetivamente vinculadas a la diferencia en cuanto a la edad de jubilación (STJCEE Richardson, de 19 de octubre de 1995, C-137/94). Por el contrario, en el supuesto de que una normativa nacional haya suprimido la diferencia en la edad de jubilación, el Estado miembro no está autorizado a mantener una diferencia según el sexo en el modo de cálculo de la pensión. De la naturaleza de las excepciones que figuran en el art. 7.1 de la Directiva se deduce que el legislador comunitario ha querido autorizar a los Estados miembros a mantener de modo temporal, en materia de jubilaciones, las ventajas concedidas a las mujeres, con el fin de permitirles llevar a cabo progresivamente una modificación de los sistemas de pensión en este punto sin perturbar el complejo equilibrio financiero de dichos sistemas, cuya importancia no puede ignorar (STJCEE Equal Opportunities Commission, de 7 de julio de 1992, C-9/91).

Por consiguiente, debe determinarse si, en un caso como el del presente asunto, la discriminación relativa al modo de cálculo de las pensiones de jubilación está necesaria y objetivamente vinculada al mantenimiento de disposiciones nacionales que fijan la edad de la pensión de jubilación de manera diferente según el sexo hallándose incluida como tal en la excepción contemplada en el art. 7.1.a) de la Directiva. A este respecto debe recordarse que la cuestión de si la normativa nacional ha mantenido una diferencia en la edad de jubilación entre los trabajadores y las trabajadoras es una cuestión de hecho que corresponde dirimir al órgano jurisdiccional nacional. En el caso de que se hubiera mantenido esta diferencia, procede señalar que la fijación de la edad para conceder la pensión de jubilación determina efectivamente la duración del período durante el cual los interesados pueden cotizar al siste-

ma de pensiones. Así, en tal supuesto, una discriminación respecto al modo de cálculo de las pensiones como la que resulta de la normativa nacional de referencia está necesaria y objetivamente vinculada a la diferencia que se ha mantenido respecto a la fijación de la edad de jubilación. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, el TJCEE considera que el art. 7.1.a) de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que, cuando una normativa nacional ha mantenido una diferencia en la edad de la jubilación entre los trabajadores y las trabajadoras, el Estado miembro interesado puede calcular la cuantía de la pensión de modo distinto, según el sexo del trabajador.

## 4. RELACIONES LABORALES

### 4.1. Contratación temporal

1. La contratación temporal es el objeto principal de controversia en la Sentencia Viscido de 7 de mayo de 1998, C-52/97. Los Sres. Viscido, Scandella y otros así como Terragnolo y otros, trabajadores por cuenta ajena de la Administración de Correos italiana, imputan a dicha Administración haberlos contratado en el marco de contratos de duración determinada exigiendo que su relación sea considerada como una relación de carácter indefinido. Según la normativa italiana, la celebración de contratos de trabajo de duración determinada sólo resulta autorizada en casos excepcionales.

De acuerdo con la ley italiana, salvo determinadas excepciones previstas por la Ley, existe la presunción de que los contratos de trabajo se pactan por tiempo indefinido. La norma italiana establece que el trabajador empleado en virtud de un contrato de duración determinada goza de todas las ventajas concedidas en la empresa a los trabajadores empleados en el marco de contratos por tiempo indefinido de forma proporcional al período de tiempo trabajado, siempre que ello no sea objetivamente incompatible con la natu-

raleza del contrato de duración determinada. La celebración de contratos de trabajo de duración determinada queda restringida a casos excepcionales. Las normas que regulan la organización del mercado de trabajo, introdujeron, respecto a determinadas categorías de trabajadores, otras excepciones al principio de la prohibición de celebrar contratos de trabajo de duración determinada. En virtud de las mismas, los trabajadores que hayan ejercido una actividad en el marco de un contrato de trabajo de duración determinada al servicio de la Administración de correos italiana se beneficiarán de un derecho de prioridad, de conformidad con las disposiciones de las cláusulas contractuales y con el acuerdo de las organizaciones sindicales, en caso de contratación por tiempo indefinido por parte de la Administración de correos italiana, para ocupar un empleo de la misma cualificación y/o para desempeñar funciones idénticas; los trabajadores interesados deberán manifestar su voluntad de ejercitar dicho derecho antes de una determinada fecha.

2. En esta línea de excepciones a la regla general, las contrataciones de personal mediante contratos de trabajo de duración determinada efectuadas por la Administración de correos italiana a partir de la fecha de su constitución no podrán dar lugar a relaciones laborales por tiempo indefinido y se extinguirán por expiración del tiempo convenido en cada contrato. Sólo las ventajas concedidas directa o indirectamente a través de fondos estatales deben ser consideradas ayudas a los efectos del art. 92.1. En efecto, la distinción que establece esta norma entre las «ayudas otorgadas por los Estados» y las ayudas otorgadas «mediante fondos estatales» no significa que todas las ventajas otorgadas por un Estado constituyan ayudas, tanto si se financian con fondos estatales como si no, pues su único objeto es incluir en dicho concepto las ventajas concedidas directamente por el Estado, así como las otorgadas por medio de organismos públicos o privados, designados o instituidos por el Estado (SSTJCEE

Van Tiggele, de 24 de enero de 1978, C-82/77, Sloman Neptun, de 17 de marzo de 1993, Asunto acumulados C-72/91 y C-73/91 y Kir-sammer-Hack, de 30 de noviembre de 1993, C-189/91). Respecto de la cuestión planteada, el TJCEE considera que la no sujeción de una sola empresa a la normativa de aplicación general en materia de contratos de trabajo de duración determinada no implica ninguna transferencia directa o indirecta de fondos estatales a dicha empresa. De ello se deduce que una disposición como la controvertida no constituye un medio de conceder directa o indirectamente una ventaja a través de fondos estatales. Por tanto, es opinión del TJCEE que una disposición nacional que exime a una sola empresa de la observancia de la normativa de aplicación general en materia de contratos de trabajo de duración determinada no constituye una ayuda de Estado en el sentido del art. 92.1 del Tratado.

#### 4.2. Utilización ilícita de mano de obra

1. En un proceso penal incoado contra el Sr. Raso y otras diez personas, representantes legales de La Spezia Container Terminal Srl, concesionaria de una terminal en el puerto de La Spezia, y de otras cuatro sociedades autorizadas para operar en el mismo puerto, se plantea la acusación de haber utilizado y colocado mano de obra de manera ilícita, con infracción de la legislación italiana. La Sentencia Raso de 12 de febrero de 1998, C-163/96 resolverá el conflicto planteado en torno a esta presunta utilización ilícita de mano de obra. La empresa en cuestión es concesionaria de una terminal portuaria en el puerto de La Spezia, al que el Tribunal de remisión define como el primer puerto del Mediterráneo en el tráfico de contenedores. Dicha empresa interviene aproximadamente en un 70% del tráfico de contenedores de este puerto. Sus clientes son exportadores y compañías de navegación de diferentes Estados miembros. La empresa concesionaria encomendó a distintas sociedades, algunas de

ellas cooperativas, la ejecución de simples prestaciones de mano de obra. Por más que estas sociedades están autorizadas a ejecutar operaciones portuarias, no son, sin embargo, antiguas compañías portuarias. De ahí que se plantee un proceso penal contra los representantes de la empresa concesionaria y del resto de las sociedades por contratación ilícita de mano de obra.

Antes de la STJCEE *Merci convenzionali porto di Genova*, de 10 de diciembre de 1991, C-179/90, los puertos de mar italianos eran dirigidos por autoridades portuarias públicas. Con arreglo al art. 4 del Código italiano de la navegación, el personal empleado en operaciones portuarias estaba encuadrado en compañías o grupos, dotados de personalidad jurídica propia, a quienes quedaban reservadas todas las operaciones portuarias. Este monopolio quedaba confirmado por el art. 1.172 del mismo Código, que establecía sanciones penales contra toda persona que, para las operaciones portuarias, recurriese a trabajadores no afiliados a una compañía portuaria. En atención al art. 111 del mencionado Código, las autoridades portuarias competentes podían conceder la organización de operaciones portuarias por cuenta de terceros. Los concesionarios eran, por lo general, empresas privadas que proporcionaban servicios, incluidas las operaciones portuarias, a los usuarios de puertos italianos. Para efectuar estas operaciones, los concesionarios debían recurrir al personal ofrecido por las compañías portuarias. De acuerdo con los arts. 112 y 203 del Reglamento de navegación marítima, las tarifas y demás condiciones relativas a la ejecución de las operaciones por las compañías portuarias son fijadas por las autoridades portuarias. En la citada STJCEE *Merci convenzionali porto di Genova*, el TJCEE declararía que el art. 90.1 del Tratado CE, en relación con los artículos 30, 48 y 86 de dicho Tratado, se opone a una normativa de un Estado miembro que confiere a una empresa establecida en ese Estado el derecho exclusivo a organizar las operaciones portuarias y la obliga a recurrir,

para la realización de dichas operaciones, a una compañía portuaria compuesta exclusivamente de trabajadores nacionales.

Con motivo de esta decisión del TJCEE, las normas italianas restringieron el monopolio concedido a las antiguas compañías portuarias a la oferta de mano de obra temporal. De acuerdo con dichas normas, las áreas de dominio público y los muelles comprendidos en el recinto del puerto pueden ser atribuidos mediante concesión para la ejecución de las operaciones portuarias, excepto los inmuebles de dominio público utilizados por las Administraciones públicas para el ejercicio de funciones vinculadas a las actividades marítimas y portuarias. La duración, las facultades de vigilancia y de control de las autoridades que otorgaron la concesión, las modalidades de renovación de la concesión o de cesión de las instalaciones a un nuevo concesionario se rigen por Decreto del Ministerio de Transportes y de Navegación, de común acuerdo con el Ministerio de Finanzas. Asimismo se establecen los criterios que deben respetar las autoridades portuarias o marítimas para otorgar las concesiones, con objeto de reservar, dentro del recinto del puerto, zonas de trabajo para la ejecución de las operaciones portuarias por otras empresas no concesionarias y adapta al Derecho comunitario la normativa relativa a las concesiones de las áreas y de los muelles. Existe, por tanto, otras empresas que, sin ser titulares de una concesión, están autorizadas a realizar operaciones portuarias como la carga, la descarga, el transbordo, el almacenamiento, la manutención, en general, de las mercancías y de otros bienes, realizados en el recinto del puerto. Las empresas autorizadas se inscribirán en un registro especial así como las empresas titulares de una concesión también autorizadas a estos efectos por una duración igual a la de dicha concesión. El número máximo de autorizaciones se determina en función de las exigencias de funcionamiento del puerto y del tráfico, garantizando, en todo caso, la mayor competencia posible en el sector. Al contrario de lo que su-

cedía anteriormente, las empresas autorizadas, incluidas las concesionarias, pueden disponer de personal propio para la ejecución física de las operaciones portuarias, de forma que ya no tienen que recurrir a los servicios de las compañías portuarias en período de coyuntura normal. Sin embargo, si el personal empleado por las empresas autorizadas, incluidas las concesionarias, y el personal contratado en régimen de «movilidad temporal», no fuera bastante para hacer frente a todas las exigencias de funcionamiento, las mismas empresas podrán pedir a las sociedades o a las cooperativas contempladas en la normativa del sector, el personal necesario para realizar simples prestaciones de trabajo.

2. Las anteriores disposiciones responden a una finalidad concreta, la de establecer una excepción a la prohibición general de actividades de colocación de mano de obra prevista por la Ley de 1960 en favor de las antiguas compañías portuarias transformadas. En efecto, el art. 1 de la Ley de 1960 prohíbe a un empresario, bajo la amenaza de sanciones penales, encargar la ejecución de simples prestaciones de trabajo por medio de mano de obra contratada y pagada por el adjudicatario o por el intermediario, sea cual fuere la naturaleza del trabajo o del servicio a los que correspondan las prestaciones. Se considera como un contrato de ejecución de simples prestaciones de trabajo cualquier forma de contratación o de subcontratación, tanto para la ejecución de obras como de servicios, en que el adjudicatario utilice capitales, máquinas y equipos proporcionados por el adjudicador. Además, se prohíbe al empresario confiar a intermediarios trabajos que hayan de realizarse a destajo por trabajadores contratados y pagados por dichos intermediarios. Estas normas obedecen al deseo de proteger a los trabajadores contra la explotación y la debilitación de sus derechos que deriva de una dicotomía entre el empresario efectivo y la persona formalmente calificada como empresario, pero que, en realidad, no es más que un intermediario.

Señala, en una primera aproximación, el TJCEE que una empresa que disfrute del monopolio de poner mano de obra a disposición de otras empresas autorizadas a realizar operaciones portuarias es una empresa a quien el Estado ha concedido un derecho exclusivo a los efectos del art. 90.1 del Tratado CEE. En lo que se refiere a estas empresas, esta disposición determina que los Estados miembros no establecerán ni mantendrán ninguna medida contraria a las normas del Tratado, especialmente a las que rigen en materia de competencia. Ahora bien, según jurisprudencia reiterada, puede considerarse que una empresa que disfruta de un monopolio legal en una parte sustancial del mercado común ocupa una posición dominante en el sentido del art. 86 del Tratado (SSTJCEE *Hüfner y Elser*, de 23 de abril de 1991, C-41/90 y *ERT*, de 18 de junio de 1991, C-260/89). En lo que respecta a la delimitación del mercado de referencia, de la decisión de remisión se desprende que dicho mercado es el de la ejecución, por cuenta de terceros, de operaciones portuarias relativas al flete de contenedores en este puerto de La Spezia. Teniendo en cuenta el volumen de tráfico de contenedores en dicho puerto, considerado como el primero del Mediterráneo en el tráfico de contenedores, y la importancia de dicho puerto para los intercambios comunitarios, tal mercado puede considerarse como una parte sustancial del mercado común. Pues bien, si el simple hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos, en el sentido del art. 90.1 del Tratado CEE, no es, en cuanto tal, incompatible con el art. 86, un Estado miembro infringe las prohibiciones contenidas en estas dos disposiciones cuando la empresa de que se trata es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos (STJCEE *Centre d'insémination de la Crespelle*, de 5 de octubre de 1994, C-323/93).

En la medida en que las normas italianas no sólo conceden a la antigua compañía portuaria transformada el derecho exclusivo a proporcionar mano de obra temporal a los concesionarios de terminales y a las demás empresas autorizadas a operar en el mismo puerto, sino que también le permiten, como se desprende del apartado 17 de la presente sentencia, competir con ellos en el mercado de servicios portuarios, dicha antigua compañía portuaria transformada se encuentra en una situación de conflicto de intereses. Con el mero ejercicio de su monopolio, se halla, en efecto, en condiciones de alterar en beneficio propio la igualdad de oportunidades entre los diferentes operadores económicos que actúan en el mercado de los servicios portuarios (STJCEE GB-Inno-BM, de 13 de diciembre de 1991, C-18/88). De este modo, dicha compañía se ve inducida a abusar de su monopolio al imponer a sus competidores en el mercado de

las operaciones portuarias unos precios excesivos para proporcionarles mano de obra, o al poner a su disposición una mano de obra menos adaptada a las tareas que han de desempeñar. En tales circunstancias, el TJCEE considera que un régimen jurídico como el previsto por las normas italianas es, por sí mismo, contrario al art. 90.1 en relación con el art. 86, ambos del Tratado CEE. Relativiza, por lo demás, el TJCEE la relevancia sobre el hecho de que el órgano de remisión no haya señalado un abuso efectivo por parte de la antigua compañía portuaria transformada por cuanto, en todo caso, los preceptos analizados se oponen a cualquier disposición nacional que reserve a una compañía portuaria el derecho a poner mano de obra temporal a disposición de las demás empresas que operan en el puerto en el que ella se encuentra establecida, cuando dicha compañía está autorizada a realizar operaciones portuarias por sí misma.