

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el segundo semestre de 1997

LOURDES LÓPEZ CUMBRE *

SUMARIO: 1. LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES. 1.1. Libertad de circulación de trabajadores. A) Trabajadores extranjeros. Permiso de trabajo y permiso de residencia. B) Nacionalidad y acceso a la función pública. 1.2. Libertad de permanecer en el territorio de un Estado miembro tras haber ejercido en él un empleo. 1.3. Libre prestación de servicios. Monopolio público en la oferta y demanda de trabajo y derecho a la libre competencia.—2. SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES. 2.1. Ámbito materia de aplicación. Seguridad Social de los funcionarios públicos. 2.2. Acción protectora. A) Pensiones contributivas. a) Requisitos para acceder a las prestaciones. b) Reconocimiento de las pensiones. c) Cálculo de las pensiones. En especial, sobre la invalidez con cotizaciones en varios países de la Comunidad. B) Pensiones no contributivas. Asistencia Social.—3. IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES. 3.1. En materia de empleo. 3.2. En materia de protección social complementaria.—4. RELACIONES LABORALES. 4.1. Relaciones laborales. 4.2. Condiciones de trabajo. A) Insolvencia del empresario. Trasposición de la Directiva 80/987/CEE. B) Derechos de información de los trabajadores.

1. LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

1.1. Libertad de circulación de trabajadores

A) *Trabajadores extranjeros. Permiso de trabajo y permiso de residencia*

1. En dos pronunciamientos dictados en idéntica fecha, la Sentencia Etanir, de 30 de

septiembre de 1997, C-98/96 y la Sentencia Günaydin, de 30 de septiembre de 1997, C-36/96, el TJCEE resuelve sendos problemas de prórroga del permiso de residencia que condiciona indefectiblemente el mantenimiento del permiso de trabajo. El conflicto no se plantea, sin embargo, entre trabajadores comunitarios sino en relación a trabajadores extranjeros —turcos— en torno a los cuales giran los acuerdos de asociación entre la Comunidad y su país de origen, Turquía, destinados a mejorar, desde la perspectiva social, el régimen de los trabajadores turcos y de sus familiares en el ámbito de la Comunidad Eu-

* Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Madrid.

ropea (Decisión 1/80). Estos acuerdos sirven para fijar una serie de derechos bien concretos: un trabajador turco que forma parte del mercado de trabajo legal de un Estado miembro tiene derecho en dicho Estado, después de un año de empleo legal a la renovación de su permiso de trabajo con el mismo empresario si dispone de un empleo; tiene derecho, asimismo, después de tres años de empleo legal, a la reserva de la preferencia que ha de concederse a los trabajadores de los Estados miembros, a aceptar otra oferta para desempeñar la misma profesión en otra empresa de su elección, realizada en condiciones normales y registrada en los servicios de empleo de dicho Estado miembro; y tiene derecho, en fin, después de cuatro años de empleo legal, al libre acceso a cualquier actividad laboral por cuenta ajena de su elección (art. 6 Decisión 1/80). Dado el claro objetivo de esta Decisión, el acuerdo entre Turquía y la CEE constituye una etapa más hacia la consecución de la libre circulación de trabajadores y puede decirse que se encuentra protegida por los arts. 48-50 TCEE (Sentencia Bozkurt, de 6 de junio de 1995, C-434/93). Ciertamente a los trabajadores turcos no les asiste el derecho a circular libremente dentro de la Comunidad como si de un trabajador comunitario se tratara pero gozan de ciertos derechos en el Estado miembro de acogida en cuyo territorio han entrado legalmente y han ejercido un empleo con el correspondiente permiso durante un período determinado (Sentencia Tetik, de 23 de enero de 1997, C-171/95). Hasta tal punto se extiende esta protección que se reconoce el efecto directo de este precepto entre todos los Estados miembros, de forma tal que los nacionales turcos que cumplan los requisitos podrán ejercer directamente los derechos antes relacionados (Sentencia Sevince, de 20 de septiembre de 1990, C-192/89 y Sentencia Eroglu, de 5 de octubre de 1994, C-355/93). Si bien es necesario que exista, para ello y con carácter previo, un derecho de residencia en favor del interesado ya que, de lo contrario, se privaría de eficacia al derecho que les asiste de acceder al mercado de traba-

jo y a ejercer un empleo (Sentencia Sevince, de 20 de septiembre de 1990, C-192/89).

Este reconocimiento de mejora puede entrar en conflicto con lo que, también de forma reiterada, ha reconocido el TJCEE; en su opinión, la Decisión 1/80 no invade la competencia de los Estados miembros para regular tanto la entrada en su territorio de los ciudadanos turcos como las condiciones de su primer empleo, sino que únicamente regula en su art. 6 la situación de los trabajadores turcos ya legalmente integrados en el mercado de trabajo de los dichos Estados (Sentencia Kus, de 16 de diciembre de 1992, C-237/91). Eso significa que incumbe a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas de orden administrativo adecuadas para la aplicación de dicha disposición, sin que se entienda que en virtud del art. 6 se les concede la facultad de condicionar o de restringir la aplicación del derecho preciso e incondicional que ésta reconoce a los trabajadores turcos por cuanto la Decisión 1/80 regula tan sólo la situación de los trabajadores turcos ya legalmente integrados en el mercado de trabajo de los Estados miembros. Por lo tanto, no cabe justificar que se prive de los derechos previstos en el art. 6 a los trabajadores turcos que, a la luz de la legislación nacional de un Estado miembro, son ya titulares de un permiso de trabajo y de un derecho de residencia cuando éste sea necesario.

El art. 6 se limita a regular el derecho de las autoridades competentes de los Estados miembros para que adopten todas aquellas disposiciones nacionales necesarias para poner en práctica los derechos conferidos en el mismo a los trabajadores turcos, sin que ello restrinja el derecho que le asiste al Estado miembro a regular la entrada de los mismos en su territorio y sin que suponga, por otro lado, una facultad especial para que dichas autoridades puedan restringir el derecho garantizado por este art. 6 a los trabajadores turcos, no susceptible de limitación por disposición nacional alguna. Y así, en cuanto general e incondicional, este precepto no contempla la

facultad de los Estados miembros de excluir a determinadas categorías de trabajadores turcos de los derechos que dicha disposición les confiere directamente pero tampoco les habilita para restringirlos o condicionarlos con exigencias o requisitos adicionales a los ya fijados. De lo que se deduce que toda normativa nacional que establezca que el trabajo y la residencia de determinados nacionales turcos en el Estado miembro de acogida de que se trate están limitados al ejercicio de una actividad precisa por cuenta de un empresario determinado y no pueden exceder, en ningún caso, de tres años, debe considerarse incompatible con dicha Decisión en tanto menoscaba la integración gradual del trabajador turco en el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida.

El art. 6 mencionado se opone a una normativa nacional que excluya de antemano a grupos enteros de trabajadores migrantes turcos de los derechos reconocidos en el mismo. Ocurre así en el supuesto objeto de controversia en el que la naturaleza del oficio ejercido —cocinero de platos típicos de Turquía— ha llevado a confundir los efectos de la Decisión 1/80, restringiendo ostensiblemente su aplicación. Considera el TJCEE que este supuesto concreto no presenta, en relación con las profesiones y oficios correspondientes a otras ramas de la economía, especificidades objetivas que permitan excluir a los trabajadores turcos que ejerzan legalmente este oficio en el Estado miembro de acogida del mercado legal de empleo de este Estado al que se refiere el art. 6 por el mero hecho de que ejerzan un oficio tan peculiar y tan estrechamente ligado a su país de origen. El hecho de que un Estado miembro imponga a todos los nacionales turcos que ejercen este oficio una limitación respecto a la duración de su estancia en el Estado miembro de que se trata y una prohibición de cambiar de empresario no puede menoscabar la plena aplicación del art. 6 de la Decisión 1/80.

2. Mas para poder aplicar el precepto en cuestión hace falta que se hayan cumplido los

períodos de «empleo legal» antes apuntados. La consideración de empleo legal supone una situación estable y no provisional en el mercado de trabajo de un Estado miembro e implica, en tal sentido, la existencia de un derecho de residencia no discutido. Se trata de conocer, en definitiva, que repercusión pueden tener en el cumplimiento de los derechos adquiridos regulados en este precepto las interrupciones de la residencia legal o los períodos de empleo sin permiso de trabajo. En una primera aproximación, el TJCEE estima que no pueden considerarse legales a efectos del art. 6 TCEE los períodos de empleo cubiertos por el interesado en tanto no conste de modo definitivo que durante el período de que se trata el trabajador ha disfrutado legalmente el derecho de residencia (Sentencia Kus, de 16 de diciembre de 1992, C-237/91). De hecho, los períodos de empleo cubiertos por el nacional turco al amparo de una autorización de residencia obtenida por métodos fraudulentos del interesado no se basan en una situación estable y ha de considerarse que se ejercieron de manera provisional dado que durante los períodos de que se trata el interesado no había disfrutado legalmente de un derecho de residencia (Sentencia Kol, de 5 de junio de 1997, C-285/95). Sin embargo, esta misma solución no tiene por qué extenderse a quienes han sido acogidos por un Estado miembro y no se encuentran en situación fraudulenta alguna que pueda hacer peligrar su estancia en cualquier momento. Se trata de trabajadores que, como los del supuesto de hecho, han sido autorizados para ejercer en ese Estado de manera ininterrumpida una actividad asalariada real y efectiva y, por consiguiente, su situación jurídica ha estado plenamente constituida y garantizada durante todo ese período. El hecho de que algunos trabajadores sólo hayan disfrutado de permisos de residencia y/o trabajos provisionales o condicionales no justifica la exclusión en la aplicación de la Decisión 1/80, llegando a considerarse que los derechos reconocidos por el art. 6 de la misma se extienden a sus beneficiarios.

No puede ser otra la solución. Del mismo modo que antes se afirmara la libertad de los Estados miembros para autorizar o denegar la entrada en su territorio de estos trabajadores, constituye asimismo jurisprudencia reiterada que los derechos del art. 6 se confieren a los nacionales turcos independientemente de que las autoridades del país de acogida expidan documentos administrativos específicos como un permiso de trabajo o de residencia (Sentencia Bozkurt de 6 de junio de 1995, C-434/93). De lo contrario, si el hecho de que un Estado miembro supedita la residencia y/o el trabajo del nacional turco a condiciones o restricciones bastara para privar del carácter legal al empleo que éste ocupa en su territorio, los Estados miembros podrían impedir indebidamente que aquellos trabajadores migrantes turcos a los que han autorizado a entrar en su territorio y que han ejercido en él una actividad económica legal durante un período ininterrumpido se acogieran a los derechos del art. 6. De lo que se deduce que no se hallan facultados para condicionar o restringir la aplicación de los derechos precisos e incondicionales que la Decisión 1/80 reconoce a los nacionales turcos. No en vano, el término «empleo legal» conforma un concepto de Derecho comunitario que debe ser definido de manera objetiva y uniforme de modo que su interpretación no puede depender de circunstancias subjetivas como el conocimiento por parte del interesado de las limitaciones que pueden privarle de los derechos adquiridos conforme a la Decisión 1/80. En conclusión, un nacional turco que ha desempeñado durante más de un año una actividad —la de cocinero de platos típicos— al servicio de un único empresario forma parte del mercado legal de trabajo con derecho a la renovación del permiso de residencia. A estos efectos, y si existiera un plazo máximo de concesión —en este caso, tres años— han de tenerse en cuenta al calcular los períodos de empleo legal, aquellos períodos de corta duración durante los que el trabajador turco no era titular de un permiso de residencia o de trabajo válido, cuando las autoridades competentes del Es-

tado de acogida no negaron por ese motivo la legalidad de la estancia del interesado sino que, bien al contrario, le expedieron otro permiso de residencia o de trabajo. De esta forma, el hecho de que el Estado miembro de acogida no haya reconocido administrativamente un permiso de trabajo o de residencia no puede impedir el reconocimiento de los derechos que le asisten en relación al art. 6 de la Decisión 1/80.

3. La segunda de las Sentencias mencionadas no se detiene en la consideración como empleo legal de los períodos en que administrativamente no se ha disfrutado del permiso de residencia sino que ha de enfrentarse a la solicitud de un permiso de residencia permanente. La denegación de este último obliga a la empresa a despedir a un trabajador «especialmente valioso, insustituible por otra persona con la misma capacitación y muy importante para las relaciones de la factoría con su filial turca». Por lo demás, y debido a su trayectoria profesional en el país de acogida —Alemania—, el trabajador alega que su esfera vital y la de su familia se halla en el país de acogida en el que han nacido sus hijos. Sin embargo, las autoridades nacionales justifican su decisión denegatoria en que el permiso fue concedido para una estancia limitada, susceptible de prórrogas que ya han sido superadas hasta consumir el plazo máximo de permanencia.

El objetivo de la estancia parece cumplido por cuanto el trabajador solicitó residencia en Alemania para participar en un programa de formación de la empresa con objeto de asumir funciones en una filial de ésta en Turquía —filial que rechaza la contratación del trabajador por no haber empleo disponible— y, por lo tanto, con una situación provisional en el mercado de trabajo alemán. Pues bien, con el fin de apreciar si el trabajador turco forma parte del mercado de trabajo del Estado miembro de acogida procede comprobar si la relación jurídica laboral puede localizarse en el territorio de dicho Estado o si presenta una conexión suficientemente estrecha con el

mismo —lugar de contratación, prestación de servicios, legislación nacional aplicable, etc.—. Y en este sentido no se considera que el hecho de que haya sido contratado con objeto de formación o aprendizaje sea suficiente para rechazar la aplicación de la Decisión 1/80 antes mencionada; a estos efectos, es necesario comprobar, por ejemplo, si percibe una verdadera retribución, al nivel del resto de los trabajadores de la empresa o si, por el contrario, su actividad se financia en virtud de un programa específico del interesado en la vida activa. No cabe aludir, con el fin de rechazar dicha aplicación, al hecho de que el trabajador sólo realizaba trabajos esporádicos o estacionales para un mismo empleador por cuanto ésta no es razón suficiente —como sí sería la de disponer de una autorización de residencia obtenida por métodos fraudulentos, como se indicó anteriormente— para rehuir la aplicación de esta normativa a favor de los trabajadores turcos. Dado que en este caso se disfrutó de un permiso de residencia, ha de concluirse como en la Sentencia anterior que los derechos adquiridos por la aplicación del art. 6 de la Decisión 1/80 se reconocen independientemente de que las autoridades competentes expidan documentos administrativos específicos como un permiso de trabajo o de residencia. Téngase en cuenta que como en el caso anterior, el art. 6 no supedita el reconocimiento de los derechos que confiere a los trabajadores turcos a ningún requisito relativo al motivo por el que se le concedió inicialmente su permiso de trabajo —en este caso con una finalidad formativa y para incorporarse a una filial de la empresa principal—.

No cabe, pues, reprochar al trabajador que desea continuar su carrera profesional en el país de acogida que haya abusado de su petición originaria aun cuando inicialmente su intención aludiera únicamente a la necesidad de perfeccionar su capacitación profesional. Por consiguiente, un trabajador turco que ha desempeñado legalmente en un Estado miembro durante un período ininterrumpido

de más de tres años una actividad económica real y efectiva al servicio de un único empresario y cuya situación profesional no se distingue objetivamente de la de otros trabajadores por cuenta ajena empleados por el mismo empresario o en el mismo sector, tiene derecho a la renovación de su permiso de residencia aunque éste haya sido autorizado inicialmente para desempeñar un actividad por cuenta ajena provisional. El hecho de que el trabajador quiera prolongar su estancia no es motivo suficiente para alegar abuso de derecho, haciéndose efectiva, por tanto, la posibilidad de mejorar el estatus profesional de estos trabajadores extranjeros en el seno de la Comunidad.

B) Nacionalidad y acceso a la función pública

1. El TJCEE se enfrenta en la Sentencia Petrie, Hill y Newbol de 20 de noviembre de 1997, C-90/96 a la interpretación de los arts. 5 y 48 TCEE y a los arts. 1 y 3 Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Los demandantes, nacionales británicos contratados por tiempo indefinido como profesores asociados a tiempo parcial para impartir docencia en lengua extranjera por una Universidad italiana, son excluidos de realizar suplencias en la enseñanza de lenguas modernas. Para dicha actividad se prevé disponer únicamente de profesores titulares e investigadores universitarios reconocidos. Ya en la Sentencia Comisión-Italia de 16 de junio de 1997, C-225/85, el TJCEE consideró discriminatoria por contraria al art. 48 TCEE la exigencia de nacionalidad italiana para acceder al empleo en la Administración pública, de tal forma que a partir de dicho pronunciamiento podrían presentar candidatura para los puestos de profesor titular investigador universitario reconocido cualquier nacional de otro Estado miembro. Pero esta solución no puede por sí misma permitir a los interesados exigir la admisión en las citadas su-

plencias en tanto para acceder a ellas se requiere la condición de profesor titular o investigador reconocido. Se presenta este último como un requisito que impide, de hecho, acceder a las suplencias anteriores a todos los profesores de lengua extranjera en tanto para el ejercicio de esta última actividad —enseñanza de lengua extranjera— no se ha previsto la cualificación de profesor titular o investigador reconocido. Tal diferenciación, obstáculo fáctico para el ejercicio de una libre prestación de servicios, impulsa a los demandantes a exigir a través del procedimiento más adecuado un derecho de indemnización por la diferencia salarial de la que son objeto y que no podrán superar si se mantiene esta normativa nacional en vigor (Sentencia *Brasserie du pûcheur*, de 5 de marzo de 1996, Asuntos C-46/93 y C-48/93).

2. El principio de igualdad de trato consagrado en el art. 48.2 TCEE no se limita al acceso al empleo sino que incluye la retribución y demás condiciones de trabajo, entre las que figura la exigencia de requisitos de acceso que impiden a los lectores de lengua extranjera acceder a las suplencias para otro tipo de docencia. Sin embargo, parece razonable que la Universidad exija la suplencia a quien previamente ha demostrado a través de un concurso público que tiene cualificación suficiente para ello, cuando, por lo demás, las funciones de lectores de lengua extranjera no son similares. Pues bien, una normativa nacional como la descrita únicamente sería contraria al art. 48.2 TCEE si se asimilara a los investigadores reconocidos o a los profesores titulares otras categorías profesionales cuyo acceso a la enseñanza universitaria no se hiciera a través de concursos públicos y cuyas competencias didácticas y científicas no estuvieran sujetas a una evaluación similar a la de los investigadores. Si a estos colectivos se les permitiera participar en los concursos de acceso a las suplencias y no así a los lectores de lengua extranjera se estaría vulnerando el art. 48 TCEE en el entendimiento de que el mismo no sólo prohíbe las discriminaciones

directas sino las discriminaciones encubiertas que, con arreglo a otros criterios de distinción, conducen de hecho al mismo resultado (Sentencia *Allu y Coonan*, de 30 de mayo de 1989, C-33/88). De ahí que, en opinión del TJCEE, corresponda al órgano jurisdiccional nacional verificar si se produce este supuesto de discriminación indirecta, habida cuenta de las circunstancias de hecho y de derecho del asunto que le ha sido sometido.

2.1. Libertad de permanecer en el territorio de un Estado miembro tras haber ejercido en él un empleo

1. La vulneración del derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta ajena es el objeto de controversia analizado por la Sentencia Comisión-República Helénica, de 27 de noviembre de 1997, C-62/96. La legislación griega mantiene en vigor disposiciones que reservan el derecho a la matriculación en los registros griegos únicamente a los buques que pertenecen en un porcentaje superior al 50% a nacionales griegos o a personas jurídicas de esta misma nacionalidad cuyo capital social pertenezca a nacionales griegos en esta misma proporción. No es la primera vez que el TJCEE se enfrenta a una solicitud de este tipo, considerando que cada Estado miembro, en uso de su competencia para definir los requisitos exigidos a efectos de conceder su nacionalidad a un buque que se utiliza en una actividad económica, debe respetar la prohibición de discriminación de los nacionales de los Estados miembros por razón de la nacionalidad (Sentencia Comisión-Irlanda, de 4 de octubre de 1991, C-93/89 y Comisión-Reino Unido, C-246/89, Sentencia Comisión-Francia, de 7 de marzo de 1996, C-334/94 y Sentencia Comisión-Irlanda, de 12 de junio de 1997, C-151/96). En este sentido parece claro que no puede exigirse una nacionalidad determinada para las personas físicas que sean propietarios y en el

caso de una sociedad, para quienes posean su capital social y para sus administradores.

2. En efecto, el Derecho comunitario garantiza, de hecho, a todo nacional de un Estado miembro tanto la libertad para dirigirse a otro Estado miembro a fin de ejercer en él una actividad por cuenta propia o ajena como la libertad de residir en este último Estado después de haber ejercido en él dicha actividad (Sentencia Comisión-Irlanda, de 12 de junio de 1997, C-151/96). No en vano, el libre establecimiento comprende para los nacionales de un Estado miembro, el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio en las mismas condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. Por lo que si, como en el caso de Grecia, se mantienen en vigor disposiciones legales que reservan el derecho de matriculación a los buques que pertenezcan en un porcentaje superior al 50% de los nacionales del Estado en cuestión o a personas jurídicas de esa misma nacionalidad cuyo capital social esté en posesión de nacionales griegos, se están vulnerando los arts. 6, 48, 52, 58 y 221 del TCEE así como el Reglamento 1251/70 y la Directiva 75/34/CEE relativos ambos al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo.

3.1. Libre prestación de servicios. Monopolio público en la oferta y demanda de trabajo y derecho a la libre competencia

1. El monopolio público en la mediación entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo ha sido cuestionado en numerosas legislaciones nacionales como un supuesto de abuso a la libre competencia y una vulneración a la libre prestación de servicios. En los últimos días de diciembre, el TJCEE aborda en la Sentencia *Job Centre coop.*, de 11 de diciembre de 1997, C-55/96 este problema, planteando la interpretación de los arts. 48,

49, 55, 56, 59, 60, 62, 66, 86 y 90 TCEE, relativos, principalmente, al derecho al trabajo, la libertad iniciativa económica, la libre circulación de trabajadores y personas, la libertad de demanda y oferta de trabajo y servicios, la libre competencia y la prohibición del abuso de posición dominante. Una sociedad cooperativa con domicilio social en Milán y cuyo objeto social consiste, de acuerdo con sus estatutos, en el ejercicio de la actividad de mediación entre demandas y ofertas de trabajo por cuenta ajena y de suministro temporal a terceros de prestaciones de trabajo, se enfrenta al monopolio que rige en Italia sobre la colocación, gestionado únicamente por oficinas de empleo. Su finalidad, semejante a la de estas últimas, consiste en permitir que los trabajadores —sean socios o no— y las empresas puedan disfrutar de tales servicios en el mercado de empleo italiano y comunitario.

Conviene descartar, en primer lugar, la aplicabilidad del art. 48 TCEE sobre libre circulación de trabajadores por cuanto del hecho de que figuren trabajadores entre los miembros fundadores de esta empresa no puede significar de por sí la aplicación de dicho precepto dado que la sociedad, una vez constituida y en funcionamiento, se ha convertido en una entidad autónoma que se rige por sus propias normas. Cuestión distinta es que en virtud de los arts. 86 y 90 TCEE se plantee el problema del alcance del derecho exclusivo concedido a las oficinas públicas de empleo y, en consecuencia, la prohibición, so pena de sanciones penales y administrativas, de toda actividad de mediación e interposición entre demandas y ofertas de empleo realizada por sociedades privadas. A estos efectos se estima necesario precisar si la oficina pública de empleo, de acuerdo con el derecho de la competencia, puede ser considerada como empresa. El concepto de empresa comprende en el derecho a la competencia a cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. En este

sentido no cabe negar que la actividad dirigida a la colocación es una actividad económica (Sentencia Höfner y Elser, de 23 de abril de 1991, C-41/90) a diferencia de lo que ocurre en relación a la gestión de los regímenes obligatorios de Seguridad Social, actuación que no puede ser incluida en la categoría de actividad económica (Sentencia Poucet y Pistre, de 17 de febrero de 1993, C-159/91 y C-160/91). La circunstancia de que las actividades de colocación se confíen normalmente a oficinas públicas no puede afectar a la naturaleza económica de dichas actividades que, de acuerdo con el derecho a la competencia, no constituyen más que actividades económicas. De hecho, las actividades de colocación no siempre han sido ni son ejercidas necesariamente por entidades u organismos públicos. Y así nada impide que una oficina pública de empleo sea calificada como empresa a los efectos de la aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia. No en vano la gestión de sus servicios, aun considerada de interés económico general, está sometida a las normas de la competencia del art. 90.2 TCEE, mientras no se demuestre que su aplicación es incompatible con el ejercicio de su misión (Sentencia Sacchi, de 30 de abril de 1974, C-155/73).

2. Mas en relación a estas oficinas públicas que disfrutan de un monopolio cuyo respeto se garantiza a través de la prohibición de toda actividad de mediación e interposición en las relaciones laborales, el TJCEE manifiesta en esta Sentencia Job Centre coop., que el art. 86 TCEE no puede impedir el cumplimiento de esta misión específica por parte de otras empresas, cuando es patente que aquéllas no están en condiciones de satisfacer la demanda del mercado. Teniendo en cuenta que el art. 90.1 TCEE dispone que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado, sería incompatible toda disposición legal que creara

una situación en la que una oficina pública de empleo tuviera que infringir los términos del art. 86 TCEE —prohibición de posición dominante en el mercado— necesariamente. El Tratado impone, así, a los Estados la prohibición de adoptar o mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de esta disposición (Sentencia Inno, de 16 de noviembre de 1977, C-13/77). No hay que olvidar que una empresa que disfruta de un monopolio legal ocupa una posición dominante (Sentencia CBEM, de 3 de octubre de 1985, C-311/84) y que el territorio de un Estado miembro al que se extiende este monopolio puede constituir una parte sustancial del mercado (Sentencia Michelin, de 9 de noviembre de 1983, C-322/81). Bien es cierto que el mero hecho de crear tal posición dominante a través de la concesión de un derecho exclusivo no es incompatible con el art. 86 TCEE (Sentencia Corbeau, de 19 de mayo de 1993, C-320/91 y Sentencia Centre D'Insemination de la Crespelle, de 5 de octubre de 1994, C-323/93). Un Estado sólo infringe las prohibiciones contenidas en los arts. 86 y 90 TCEE si la empresa, por el mero ejercicio del derecho exclusivo concedido, explota su posición dominante de modo abusivo (Sentencia Banchemer, de 14 de diciembre de 1995, C-387/93). Tal práctica abusiva puede consistir, en particular, en limitar la prestación en perjuicio de quienes soliciten el servicio de que se trata.

Y en este sentido, el mercado de las prestaciones relativas a la colocación de trabajadores es, por una parte, muy amplio y, por otra, altamente diversificado. La demanda y la oferta de trabajo en este mercado engloban a todos los sectores productivos y comprenden una gama de empleos que van desde la mano de obra no cualificada hasta las capacitaciones profesionales más elevadas y menos representadas. En un mercado tan vasto y diferenciado, sujeto a grandes cambios debidos al desarrollo económico y social, las oficinas públicas de empleo pueden no ser capaces de satisfacer una parte significativa de la totalidad de las demandas de prestaciones. Al prohibir toda actividad de mediación e interposición,

un Estado miembro crea una situación en la que la prestación permanece limitada cuando dichas oficinas no están manifiestamente en condiciones de satisfacer, para todos los tipos de actividades, la demanda que existe en el mercado de trabajo. Por lo demás, este tipo de abusos genera una responsabilidad en el Estado cuando el comportamiento abusivo de la oficina de empleo pueda afectar potencialmente al comercio entre Estados miembros. Y éste es el efecto que se produce cuando las actividades de colocación de trabajadores, ejercidas por empresas privadas, pueden extenderse a los nacionales o a los territorios de otros Estados miembros. Por lo tanto, las oficinas públicas de empleo están sometidas a la prohibición del art. 86 TCEE, siempre que la aplicación de esta disposición no impida el cumplimiento de la misión específica que se les ha confiado. El Estado miembro que prohíbe toda actividad de mediación e interposición entre demandas y ofertas de trabajo cuando no la realizan dichas oficinas, infringe el art. 90.1 TCEE al crear una situación en la que las oficinas públicas de empleo se ven necesariamente obligadas a infringir los términos del art. 86 TCEE. Y así sucede cuando se cumplen los siguientes requisitos: a) cuando las oficinas públicas de empleo no están en condiciones de satisfacer la demanda del mercado para todo tipo de actividades; b) cuando el ejercicio efectivo de las actividades de colocación por empresas privadas se hace imposible por el mantenimiento en vigor de disposiciones legales que prohíben tales actividades so pena de sanciones penales y administrativas; y c) cuando las actividades de colocación de que se trata pueden extenderse a nacionales o a territorios de otros Estados miembros.

2. SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

2.1. **Ámbito material de aplicación.** **Seguridad Social de los funcionarios públicos**

1. El Reino de España ha incumplido el Anexo VIII, del Estatuto de los Funcionarios

de las Comunidades Europeas, y el art. 5 TCEE, al no haber adoptado las medidas nacionales necesarias para garantizar a los funcionarios de las Instituciones comunitarias la posibilidad de efectuar la transferencia de sus derechos a pensión de jubilación al régimen de pensiones comunitario. Así se declara en la Sentencia Comisión-Reino de España, de 17 de julio de 1997, C-52/96 dado que, en virtud de dicho Anexo «el funcionario que entre al servicio de las Comunidades tras haber cesado en el servicio de una Administración o de una organización nacional o internacional, o ejercido una actividad por cuenta propia o ajena, tendrá la facultad, en el momento de su nombramiento definitivo, de hacer transferir a las Comunidades bien el equivalente actuarial bien el total de las cantidades de rescate de sus derechos a pensión de jubilación que hubiera adquirido en virtud de las actividades mencionadas anteriormente. En tal caso la Institución en la que el funcionario preste servicios determinará, teniendo en cuenta el grado de su nombramiento, el número de anualidades que tomará en cuenta a efectos de su propio sistema de pensiones, en virtud del período de servicio anterior, basándose en la cuantía del equivalente actuarial o del rescate». Siendo así, la ausencia de la posibilidad legal de transferencia del régimen español hacia el régimen comunitario, compromete la igualdad de trato entre funcionarios comunitarios, al tiempo que es fuente de desigualdades entre los Estados miembros. Conviene destacar en este punto que los Estados miembros están obligados, con arreglo al art. 5 TCEE, a adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para garantizar la aplicación de las normas comunitarias en el ámbito nacional (Sentencia Comisión-Bélgica, de 20 de octubre de 1981, C-137/80) y que, de no adoptar dichas medidas, el sistema nacional habrá incumplido las obligaciones establecidas en el Anexo VIII del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas y en el art. 5 TCEE, siéndole de aplicación la sanción que para dicho incumplimiento prevén las normas comunitarias.

rias. No puede ser otra la solución aplicable al régimen español que ha incumplido esta trasposición de derechos y que ha de responder con la sanción prevista.

2.2. Acción protectora

A) Pensiones contributivas

a) Requisitos para acceder a las prestaciones

1. En relación al derecho a determinadas prestaciones concedidas por los Estados miembros, la Sentencia Eftalia Dafeki, de 2 de diciembre de 1997, C-336/94 analiza el interesante supuesto de la competencia para atribuir validez al certificado de estado civil emitido por un Estado que va a ser utilizado en otro Estado con el fin de obtener prestaciones de la Seguridad Social. La Sra. Dafeki trabaja en Alemania y posee nacionalidad griega. Los documentos de su estado civil mencionan una fecha de nacimiento (3 de diciembre de 1933) que no coincide con una posterior modificación realizada conforme al procedimiento aplicable en su país para cuando, como en este caso, han desaparecido archivos o libros del registro civil (20 de febrero de 1929). Al solicitar la pensión de jubilación anticipada en la caja de pensiones alemana a los 60 años —de acuerdo con la nueva certificación del extracto de inscripción obtenida—, la caja rechaza su solicitud, pese a cumplir todos los requisitos, por considerar prevalente la fecha originaria y no la rectificadora. Como es sabido, el art. 48.2 TCEE determina que la libre circulación lleva consigo la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembros. Y en este caso, la discriminación se observa al no considerar los efectos de la legislación griega sobre el estado civil. No en vano, la fuerza probatoria reconocida a la certificación griega es inferior a la reconocida a las certificaciones expedidas por las autoridades alemanas y esta solución,

aunque se aplique con independencia de la nacionalidad del trabajador, produce en la práctica efectos que van en detrimento de los trabajadores de otro Estado miembro, si se compara con los derechos que les asisten a los nacionales.

Una de las claves en este tipo de supuestos es que no se ha procedido aún a armonizar un sistema de reconocimiento mutuo de decisiones, siendo aplicable el Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 299, 1972). En virtud del mismo las autoridades administrativas y judiciales de un Estado miembro no están obligadas, atendiendo al Derecho comunitario, a mantener la equivalencia entre las rectificaciones posteriores de las certificaciones de estado civil efectuadas por las autoridades competentes de su propio Estado y las que emanen de las autoridades competentes de otro Estado miembro. Sin embargo, se considera difícil ejercer los derechos derivados de la libre circulación de los trabajadores sin presentar documentos relativos al estado civil de las personas, que generalmente son expedidos por el Estado de origen del ciudadano o, como en este caso, del trabajador. De ello se deduce que, en los procedimientos destinados a determinar los derechos a prestaciones sociales de un trabajador migrante comunitario, las instituciones nacionales competentes en materia de Seguridad Social y los órganos jurisdiccionales nacionales de un Estado miembro están obligados a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud. Una resolución contraria estaría vulnerando los arts. 48 y 51 TCEE. Así pues, una norma nacional que establezca como presunción general y abstracta que, en caso de conflicto entre varios documentos sucesivos, prevalece el que se sitúe

cronológicamente más próximo al acontecimiento que debe probarse, no puede justificar la negativa a tener en cuenta una rectificación efectuada por el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, salvo que existan pruebas suficientes para ello.

2. Por su parte, la Sentencia Iurlaro de 17 septiembre de 1997, C-322/95 se enfrenta a una cuestión bien distinta en la que, sin embargo, también se plantea la necesidad de acceder a una determinada prestación. En este caso, la negativa de la entidad gestora italiana a tener en cuenta los períodos de desempleo cubiertos por el Sr. Iurlaro, de nacionalidad italiana, en Alemania a efectos del reconocimiento de una pensión de invalidez en Italia provoca la interpretación del art. 9 bis del Reglamento 1408/71 y del art. del 15 Reglamento 574/72. A tenor del art. 9 bis del Reglamento 1408/71 (también en su nueva versión tras el Reglamento 118/97/CEE, DOCE L 28, de 30 de enero de 1997), si a) la legislación de un Estado miembro supedita el reconocimiento del derecho a una prestación al cumplimiento de un período mínimo de seguro durante un período determinado anterior a que se produzca el hecho asegurado o período de referencia (como sucede en este caso con Italia) y b) dispone que los períodos en los que se hayan concedido prestaciones en virtud de la legislación de ese Estado miembro prolongan dicho período de referencia, habrá de admitirse que esta prolongación actúe también respecto de períodos en los que han sido concedidas pensiones (invalidez o vejez, prestaciones de enfermedad, desempleo o accidente de trabajo) en virtud de la legislación de otro Estado miembro. Teniendo en cuenta que en el litigio en cuestión se ha disfrutado de una prestación por desempleo en otro Estado, Alemania, se impone la prolongación del período requerido.

Mas no se acepta esta última como solución pacífica. Se considera, sin embargo, que este precepto se refiere únicamente al supuesto en que la legislación del Estado miembro que supedita el derecho a una prestación

a la cobertura de un período de seguro mínimo durante un determinado período de referencia, admita la aplicación del mismo por los períodos durante los cuales determinadas prestaciones —en particular la de desempleo— hayan sido abonadas en otro Estado miembro. No ocurre así en este supuesto en el que la legislación italiana no acepta que los períodos de desempleo amplíen el período de referencia. Tampoco resulta invocable el art. 15 Reglamento 574/72 por cuanto en virtud del mismo la institución de un Estado miembro cuya legislación sólo computa ciertos períodos de seguro si han sido cubiertos dentro de un plazo determinado, deberá prolongar dicho plazo en tiempo igual a los períodos cubiertos en otro Estado miembro cuando dichos períodos den únicamente lugar, según la legislación de este último Estado, a la suspensión del plazo dentro del cual han de ser cubiertos los períodos de seguro. Y, en este supuesto concreto, los períodos de desempleo que han sido cubiertos con arreglo a la legislación alemana durante el período de referencia exigido por la legislación italiana no dan lugar a la suspensión requerida puesto que en dicha legislación los períodos de desempleo indemnizados se computan asimismo a efectos del cálculo de la pensión de invalidez. Por lo demás, el art. 51 TCEE y el Reglamento 1408/71 no regulan los requisitos de constitución de los períodos de seguro, por lo que es competencia de cada Estado miembro la determinación de los requisitos del derecho o de la obligación de afiliación a un régimen de Seguridad Social, siempre que a este respecto no se efectúe una discriminación ostensible o encubierta entre los nacionales de un Estado y los de los demás Estados miembros (Sentencia Drake, de 20 de septiembre de 1994, C-12/93).

Con esta perspectiva como fondo, entiende el TJCEE que la legislación italiana emplea criterios objetivos y los aplica indistintamente a los trabajadores nacionales y a los de otros Estados miembros cuando impide que se computen los períodos de desempleo indemnizados por Alemania para cubrir los cin-

co años de cotización previa que exige la concesión de su pensión de invalidez. En su opinión, ninguno de los preceptos alegados (arts. 48 a 51 TCEE, art. 9 bis Reglamento 1408/71 y art. 15 Reglamento 574/72) obligan a un Estado miembro a ampliar el período de referencia previsto por su legislación para la determinación del requisito mínimo de seguro a efectos de una pensión —en este caso, invalidez— por un período equivalente al cubierto en otro Estado miembro en el que, a diferencia del primer Estado miembro, sí se admite la ampliación cuando los períodos de desempleo han sido cubiertos en el territorio nacional. Por consiguiente, los arts. 48 a 51 TCEE no se oponen a que la legislación de un Estado miembro impida que se tengan en cuenta, para el cálculo del requisito mínimo de seguro a efectos de una pensión, períodos de desempleo cubiertos durante un período inmediatamente anterior al acaecimiento de la contingencia asegurada con arreglo a la legislación de otro Estado miembro que excedan de los que tenga en cuenta la legislación del primer Estado miembro durante ese mismo período.

b) Reconocimiento de las pensiones

1. La solicitud de un trabajador agrícola de una prestación por desempleo en Alemania motivado porque su antiguo empresario decide dejar sus tierras en barbecho y aquél pierde su empleo exige una interpretación del art. 4 Reglamento 1408/71 y del art. 7 del Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores, labor a la que se destina la Sentencia Meints, de 27 de noviembre de 1996, C-57/96. Sin embargo, el centro de la controversia no se sitúa en esta prestación por desempleo alemana sino en la indemnización que la legislación neerlandesa tiene prevista para estos supuestos en que la reestructuración agrícola provoca dificultades laborales que, no obstante, requiere para su concesión la re-

sidencia en territorio nacional; algo que no se cumple en el supuesto en cuestión, en el que el demandante mantiene su residencia en Alemania aunque viniera prestando sus servicios en los Países Bajos. De acuerdo con la jurisprudencia del TJCEE la diferencia entre prestaciones excluidas e incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 se basa esencialmente en los elementos constitutivos de la 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 la legislación nacional (Sentencia Comisión-Luxemburgo, de 10 de marzo de 1993, C-111/91 y Sentencia Hoeckx, de 27 de marzo de 1985, C-249/83). Una prestación puede considerarse como prestación de Seguridad Social en la medida en que, por un lado y al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, la prestación se conceda a sus beneficiarios basándose en una situación legalmente definida y, en segundo lugar, en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el art. 4 del Reglamento 1408/71 (Sentencia Acciardi, de 2 de agosto de 1993, C-66/92). Para ser calificada como prestación por desempleo una prestación debe estar destinada a sustituir el salario dejado de percibir por razón del desempleo, con objeto de contribuir a la manutención del trabajador durante esa situación (Sentencia Knoch, de 8 de julio 1992, C-102/91).

Características todas ellas que no se dan en el supuesto planteado en tanto: a) el beneficiario está obligado a reintegrar la prestación si vuelve a estar de nuevo al servicio de su antiguo empresario en los doce meses siguientes; b) ni el derecho a percibir la prestación ni su importe dependen de la duración del desempleo; c) la prestación controvertida no se abona periódicamente sino en una sola vez y con un importe fijo que sólo varía según la edad del interesado; d) dicha prestación se añade a la prestación de desempleo prevista

por el régimen de Seguridad Social nacional; e) tiene como finalidad principal la de apoyar las consecuencias sociales de las adaptaciones estructurales del sector agrícola. Y, por lo tanto, se aproxima más a una indemnización por despido que a una prestación por desempleo a la que no se aplica el Reglamento 1408/71.

2. La alusión en el art. 7 del Reglamento 1612/68 a la protección de las ventajas sociales, noción que no puede ser interpretada de forma restrictiva (Sentencia Cristini, de 30 de septiembre de 1975, C-32/75), obliga además a tener en cuenta otra perspectiva distinta en este supuesto. Se consideran como tales todas aquellas ventajas que, con independencia de que estén vinculadas a un contrato de trabajo o no, se reconozcan con carácter general a los trabajadores nacionales en virtud de su condición objetiva de trabajadores o por el mero hecho de residir en el territorio nacional, y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros parezca, en consecuencia, apropiada para facilitar su movilidad dentro de la Comunidad (Sentencia Schmid, de 27 de mayo de 1993, C-310/91), incluso aunque los trabajadores migrantes ya no estén sujetos a una relación laboral (Sentencia Lair, de 21 de junio de 1988, C-39/86). Y ésta es la consideración que ha de tener la mencionada indemnización. 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 nacionales e implique el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros. El hecho de incorporar al régimen de indemnización el requisito de residencia facilita su concesión a los nacionales y la perjudica a quienes no lo son y, por tanto, se vulnera la libre circulación de trabajadores, si disposiciones como la expuesta se mantienen en la legislación nacional.

c) Cálculo de las pensiones. En especial, sobre la invalidez con cotizaciones en varios países de la Comunidad

1. Cuestión clásica en el Derecho de Seguridad Social comunitaria, el cálculo de la pensión de invalidez teniendo en cuenta cotizaciones efectuadas en varios países se percibe como un supuesto de especial dificultad. En los últimos meses, dos son los focos de problemas que, sobre este punto, han debido ser abordados por el TJCEE: la forma de calcular la pensión por parte de algunos Estados miembros y la necesidad de recalcular la misma en supuestos en los que se requiere tener en cuenta, también para la nueva cuantificación, las cotizaciones efectuadas en varios países de la Comunidad.

En relación a la fórmula aplicada para calcular la pensión de invalidez, nuestro ordenamiento es objeto de controversia en la Sentencia Naranjo Arjona y otros, de 9 de octubre de 1997, C-31/96 a 33/96 en la que se plantea la interpretación del art. 47 del Reglamento 1408/71. Como es sabido, el cálculo de la pensión de invalidez o jubilación en la legislación española se fija con arreglo a una base media de cotización correspondiente al salario percibido durante un determinado número de años anteriores a la jubilación o al hecho causante de la invalidez. Tras haber cotizado en España y Alemania la entidad gestora española calcula la pensión de jubilación del Sr. Naranjo de acuerdo con el período de cotización en España y no con el período acumulado entre los dos países. Situación semejante a la del resto de los asuntos acumulados, Sr. Vicente Mateos y Sra. García Lázaro, trabajadores ambos en España y Alemania, respectivamente. Ciertamente las legislaciones de los dos Estados miembros en cuestión no son del mismo tipo. La legislación española se menciona en el Anexo IV del Reglamento como una de las contempladas en el art. 37.1, de acuerdo con el cual la cuantía de la pensión de invalidez es independiente de la duración de los períodos de seguro mien-

tras que la legislación alemana no se rige por este precepto y sí la hace depender de los períodos de seguro. De ahí que, siguiendo lo establecido por el art. 40.1 del Reglamento, a los trabajadores que sufran invalidez y hayan estado sucesivamente sujetos a estos dos tipos de legislaciones les serán de aplicación las disposiciones relativas a las pensiones de vejez y muerte (arts. 44 a 51) por analogía. En definitiva, tanto ante la solicitud de una pensión de jubilación —requerida por el Sr. Naranjo— como para la petición de invalidez —solicitada por los otros dos litigantes— se aplicará la misma normativa.

Como ha señalado la jurisprudencia comunitaria [Sentencia Lafuente Nieto, de 12 de septiembre de 1996, C-251/94] la letra e) del art. 47.1 [hoy letra g)] hace referencia a un régimen de cálculo de las pensiones de invalidez fundado en una base media de cotización como el recogido por la legislación española y se prevé no sólo para pensiones de vejez y muerte sino, por la extensión indicada, para las pensiones de invalidez cuando el trabajador ha estado sucesivamente sometido a legislaciones de distinto tipo. Esta disposición no hace más que complementar el cálculo de la cuantía teórica de la prestación dispuesto en el art. 46. Regla que ha de interpretarse a luz del art. 51 TCEE y que supone, en particular, que los trabajadores migrantes no deben sufrir una reducción de la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social por el hecho de haber ejercitado su derecho a la libre circulación (Sentencia Reichling, de 9 de agosto de 1994, C-406/93). Esta obligación no significa, sin embargo, que la referida disposición sea necesariamente contraria al objetivo que acaba de apuntarse porque ésta no permite tener en cuenta, para determinar la base medida de cotización, el importe de las cotizaciones abonadas en otro Estado miembro. Tal imposición supone exclusivamente que la referida base sea para el trabajador migrante la misma que si no hubiera ejercido su derecho a la libre circulación. Así, si en virtud del art. 41.1 e) [hoy, g)] ha de computarse

únicamente el importe de las cotizaciones pagadas con arreglo a la legislación de que se trata, dicho importe debe ser actualizado y revalorizado, de manera que corresponda al que los interesados habrían pagado efectivamente si hubieran seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro en cuestión. Una interpretación que, por lo demás, queda confirmada cuando el Reglamento 1248/92, que modificó el Reglamento 1408/71, precisa que, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española y la cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculados por cada años posterior y hasta el año anterior al hecho causante para las pensiones de la misma naturaleza. Así pues, las disposiciones nacionales tan sólo se limitan a precisar en este punto lo previsto por el Reglamento, estableciendo que la base media de cotización se determina en función únicamente de los períodos de seguro cubiertos con arreglo a la legislación de que se trate, sin modificar el contenido de la letra e) [g)] del art. 47.1 y sólo tienen por objeto asegurar su compatibilidad con los principios enunciados en el art. 51 TCEE.

Por lo demás y como se recordará, el TJCEE declararía en su Sentencia Rönfeldt, de 7 de febrero de 1991, C-227/89, que los arts. 48 y 51 del TCEE se oponen a la pérdida de las ventajas de Seguridad Social que se derivaran de la inaplicabilidad de los Convenios vigentes entre dos o más Estados miembros como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento 1408/71. Principio que no es de aplicación en el supuesto de trabajadores que sólo han ejercido su derecho a la libre circulación tras la entrada en vigor del Reglamento 1408/71 (Sentencia Thuvenon, de 9 de noviembre de 1995, C-475/93). Mas en los supuestos analizados en esta Sentencia, todos los trabajadores en cuestión trabajaban en

Alemania antes de que en España entrara en vigor el Reglamento 1408/71, cuyas disposiciones sustituyeron al Convenio germano-español. Por lo que dicha sustitución no puede privarles de los derechos que les reconocía el Convenio en cuestión y, si así fuera, corresponde al órgano jurisdiccional nacional decidir cuál de las dos normas —Convenio o Reglamento— resulta más favorable. En conclusión, del art. 47.1 se deduce que, cuando los beneficiarios de las prestaciones hayan cotizado sucesivamente en dos Estados miembros, el cálculo de la base media de cotización se funda sólo en el importe de las cotizaciones realmente pagadas con arreglo a la legislación de que se trata y que la cuantía teórica de la prestación así obtenida será debidamente revalorizada y aumentada como si los interesados hubiesen seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trata. Mas para el supuesto en que la aplicación de esta disposición así interpretada resulte para los trabajadores menos favorable que la de un Convenio bilateral anterior de aplicación si comenzaron a trabajar antes de la entrada en vigor del Reglamento, será el órgano judicial competente quien con carácter de excepción aplique las reglas establecidas por dicho Convenio.

2. También la Sentencia Grahame y Hollanders, de 13 de noviembre de 1997, C-248/96 se cuestiona la interpretación del Anexo VI del Reglamento en relación a la forma de cálculo de las prestaciones de invalidez en los Países Bajos. A efectos de dicha legislación no se considera «empleo» la relación laboral de la persona que cumple una obligación impuesta por la ley o que se deriva de un compromiso distinto del resultante de un contrato de trabajo y que ha sido contraído con las autoridades competentes para la defensa del país o la protección del orden público y de la seguridad de la población. Para disfrutar de una pensión de invalidez, el interesado debe estar asegurado en el momento de producirse la incapacidad y ha de haber

estado en tal situación durante un determinado período de tiempo aun cuando el importe de la prestación no se calcule en función de la duración de los períodos de seguro si, como en los casos que se contemplan, los trabajadores han estado sometidos a dos legislaciones distintas —neerlandesa y alemana o luxemburguesa—. Sin embargo, ambos litigantes cuestionan que en el cálculo de la pensión no se tuviera en cuenta el período en que cumplieron el servicio militar, no considerado a estos efectos por la entidad gestora como trabajo por cuenta ajena.

Como se ha indicado en relación a la anterior Sentencia, de conformidad con el art. 40.1 Reglamento 1408/71 las prestaciones se calculan con arreglo a las disposiciones relativas a la vejez y muerte calculando según el principio *pro rata temporis* el período en que cada interesado ha estado sometido a la legislación en cuestión y también, por tanto, bajo la legislación según la cual la cuantía de las prestaciones de invalidez resulta independiente de la duración de los períodos de seguro. El TJCEE ha declarado en otras ocasiones que para interpretar una disposición de Derecho comunitario deben tenerse en cuenta no sólo sus términos sino también, en su caso, su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (Sentencia Jaeck, de 30 de enero de 1997, C-340/94). Si los dos trabajadores hubieran cubierto toda su carrera profesional exclusivamente en los Países Bajos habrían disfrutado de la cuantía íntegra de la pensión de invalidez (tipo A). Pero como al ejercer su derecho a la libre circulación, los trabajadores han estado sometidos también a otra legislación distinta en su pensión de invalidez (tipo B), las disposiciones comunitarias requieren de la aplicación de la normativa prevista para las pensiones de vejez y muerte y, por lo tanto, de las normas de totalización y de prorrateo mencionadas en el art. 46. Precisamente las disposiciones controvertidas del Anexo VI fueron introducidas con el fin de garantizar que para el cálculo de una presta-

ción prorrateada de conformidad con el art. 46 la institución competente admitiera no sólo los períodos de seguro cubiertos en la legislación nacional sino también todos los períodos de trabajo por cuenta ajena y otros períodos asimilados cubiertos en otros Estados miembros antes de entrar en vigor la nueva pensión de invalidez.

Pues bien, de acuerdo con el art. 1 Reglamento 1408/71, las expresiones «períodos de empleo» o «períodos de actividad por cuenta propia» designan los períodos definidos o admitidos como tales por la legislación bajo la cual han sido cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de empleo o a los períodos de actividad por cuenta propia.

Consta, sin embargo, que el concepto de «período de empleo», por oposición al «período de actividad por cuenta propia», corresponde al de períodos de trabajo por cuenta ajena en el Anexo VI. Y si bien es cierto que la legislación neerlandesa excluye de su ámbito de aplicación las actividades ejercidas con fines de defensa nacional, tales períodos de actividad están asimilados, con arreglo a la legislación neerlandesa bajo la cual han sido cubiertos, a períodos de empleo a efectos de la Seguridad Social. Las personas que prestan el servicio militar, obligatorio o voluntario, entran dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones especiales que regulan el seguro contra la incapacidad laboral, lo que supone, como mínimo, que su actividad militar haya sido asimilada por la legislación neerlandesa, a efectos de la Seguridad Social y más concretamente del seguro contra la incapacidad laboral, a un período de trabajo. Si se tiene en cuenta además que según la jurisprudencia comunitaria en el sistema del Tratado los funcionarios están considerados como trabajadores por cuenta ajena (Sentencia Van Pocuque, de 24 de marzo de 1994, C-71/93), lo mismo podrá advertirse de las personas que prestan el servicio militar voluntario habida cuenta de la relación de subordinación

que caracteriza el cumplimiento de sus prestaciones al servicio del ejército a cambio de las cuales perciben una retribución si el servicio militar es voluntario. Y, aunque se excluya el elemento retributivo propiamente dicho, idéntica conclusión ha de ser adoptada en el supuesto de que el servicio militar no sea voluntario sino obligatorio. En cualquier caso, la relación de subordinación que caracteriza a las prestaciones aludidas impide calificar ese período de actividad como período de trabajo por cuenta propia, sino que más bien induce a considerarlo, al menos, como un período asimilado a un período por cuenta ajena. En conclusión y en atención a la solución adoptada por el TJCEE, las disposiciones del Anexo VI [en concreto, Sección J.4.a) y Sección J.4.c)] deben interpretarse en el sentido de que constituyen períodos de trabajo por cuenta ajena o períodos asimilados cubiertos los períodos de servicio militar, tanto obligatorio como voluntario, cubiertos antes de la entrada en vigor de la nueva legislación sobre invalidez en el ejército neerlandés o en aquellas colonias (Nueva Guinea neerlandesa) en las que el servicio militar prestado en las mismas ha de ser considerado a estos efectos como un período de prestación cubierto asimismo en los Países Bajos.

3. Por su parte, tanto la Sentencia Baldone como la Sentencia Cirotti se plantean cuestiones relacionadas con el segundo foco de problemas al que se aludía anteriormente, esto es, la necesidad de recalcular el importe de la pensión de invalidez, bien que sobre bases y fundamentos jurídicos ciertamente distintos entre ellas.

La Sentencia Baldone, de 24 de septiembre de 1997, C-307/96 ha tenido que enfrentarse en los últimos meses a una cuestión puntual: la interpretación del art. 95 bis Reglamento 1408/71 que recoge las disposiciones transitorias para la aplicación de la modificación operada por el Reglamento 1248/92. En el supuesto concreto, el cálculo de la pensión de invalidez se hizo de acuerdo con los dictámenes de las instituciones competentes de los tres países en que el bene-

ficiario había trabajado, a saber Italia, Alemania y Bélgica. La reclamación se efectúa por entender que el reajuste de una pensión de invalidez vinculada, en particular, a las fluctuaciones de los tipos medios de cambio o a la evolución general de la situación económica y social de los Estados de que se trata, no debe hacerse con arreglo a lo dispuesto en el Derecho nacional sino con las reglas establecidas en el art. 51 del Reglamento 1408/71 y de conformidad con la reforma introducida por el Reglamento 1248/92. En atención al mismo, y a la redacción del art. 95 bis (que mantiene el Reglamento 118/97), si la reclamación se presenta antes de dos años a partir del 1 de junio de 1992 —fecha de entrada en vigor del Reglamento 1248/92—, procede una revisión total de la pensión; si se hace transcurridos los dos años, la revisión se hará a partir de la fecha en que se presente la reclamación correspondiente. Pero si, como ocurre en el supuesto en cuestión, lo que se discute es la revisión de una pensión erróneamente calculada, entonces no procede aplicación temporal alguna por cuanto esta revisión no origina un nuevo derecho sino que únicamente se pretende determinar correctamente el importe de la prestación respecto de la cual ya se había adquirido previamente un derecho. No cabe, por lo demás, que la reclamación se realice de oficio sino a través de la solicitud expresa del interesado pues, de ser así, supondría la negación misma del derecho de iniciativa que se reconoce únicamente al interesado. Por lo tanto, el Tribunal considera que el Reglamento se opone, en todo caso, a que la institución competente de un Estado miembro aplique de oficio las reglas de cálculo contenidas en el Reglamento 1248/92 que modifica el Reglamento 1408/71 en detrimento del interesado, cuando éste ha obtenido antes de la entrada en vigor de aquél la liquidación de una pensión de invalidez de conformidad con las disposiciones aplicables antes de la reforma y la decisión relativa a la citada pensión ha sido objeto de una rectificación posterior a la entrada en vigor del Reglamento reformador.

4. La necesidad de recalcular la pensión de invalidez se convierte asimismo en el objeto de atención de la Sentencia Cirotti, de 2 de octubre de 1997, C-144/96 que aporta una interpretación de los arts. 46 y 51 del Reglamento 1408/71 a la luz del supuesto de hecho discutido. La Sra. Cirotti, italiana de nacionalidad, recibe una pensión de invalidez de su país y parte de la pensión de jubilación de su marido, del que se encuentra separada de hecho, de acuerdo con la legislación belga. La revalorización de su pensión de invalidez provocó una reducción de la parte proporcional de la pensión de jubilación de su marido, de acuerdo con las normas belgas. El TJCEE había considerado ya en la Sentencia Cassamali, de 20 de marzo de 1991, C-93/90, que, cuando en virtud de normas nacionales que prohíben la acumulación, la pensión satisfecha a un trabajador por un Estado miembro se haya concedido por un importe tal que, acumulado al de una prestación, sea cual fuere su naturaleza, a cargo de otro Estado miembro, no supera un determinado tope, ni el art. 51 del Reglamento 1408/71 ni ninguna norma de orden nacional permiten modificar el importe de la pensión para evitar que se rebase el tope, en caso de variaciones ulteriores de la otra prestación debidas a la evolución general de la situación económica y social. Esta pensión proporcional sólo se concede si el cónyuge que la solicita ha cesado en el ejercicio de toda actividad profesional, por lo que la naturaleza de la misma también es la de una prestación de vejez para el beneficiario que la recibe de forma derivada. Por su parte, el art. 46 del Reglamento 1408/71 recoge todo un sistema de liquidación cuando en el cálculo de las pensiones intervienen dos o más Estados, de acuerdo con el cual se aplicará el régimen que resulte más favorable en la comparación entre este último y el adeudado únicamente con arreglo a la legislación nacional.

Teniendo en cuenta esta regulación, cualquier modificación llevaría implícita la necesidad de efectuar de nuevo todo el proceso

comparativo. Sin embargo, no puede afirmarse que la aplicación del régimen contenido en el art. 51 del Reglamento 1408/71 desnaturaliza el objeto y altera el sistema de la legislación belga puesto que su finalidad, a diferencia de los ingresos que se garantizan a las personas de edad avanzada, no es compensar la insuficiencia de recursos del interesado para permitirle alcanzar el nivel mínimo de rentas garantizado. Su finalidad es otra, y trata de conceder un derecho derivado de la convivencia matrimonial entre los dos cónyuges. En consecuencia, las disposiciones del art. 46 y del 51 del Reglamento 1408/71 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que la parte de una prestación de vejez de un trabajador por cuenta ajena concedida a su cónyuge separado en virtud de la legislación aplicable en un Estado miembro, se calcule nuevamente en función de las revalorizaciones resultantes de la evolución económica y social general de que haya sido objeto una pensión de invalidez percibida por dicho cónyuge con arreglo a la legislación de otro Estado miembro.

B) *Pensiones no contributivas. Asistencia social*

1. El requisito de la residencia, tan estrechamente unido por regla general a las prestaciones asistenciales, propicia un pronunciamiento como el de la Sentencia Snares, de 4 de noviembre de 1997, C-20/96, en la que se cuestiona la interpretación y validez del art. 4.2 bis y art. 10.bis del Reglamento 1408/71 en torno al subsidio de subsistencia para minusválidos establecido por la legislación británica. Se trata de un nuevo subsidio de carácter no contributivo que no presupone incapacidad laboral alguna y cuyo disfrute no está supeditado a ningún requisito relativo a los recursos económicos. Se divide en un componente-ayuda, destinado a personas dependientes, y un componente-movilidad, para aquellas personas que tengan limitada su capacidad para desplazarse. El componente

ayuda se abona en tres módulos distintos en función del tipo de incapacidad de la persona y del grado de asistencia requerido, en tanto el componente de movilidad se abona en dos módulos, según la naturaleza y la importancia de la limitación de la capacidad de desplazamiento. Pues bien, el demandante desempeñó durante 25 años como trabajador por cuenta ajena su actividad en el R. Unido y cotizó por este concepto a la Seguridad Social. Con motivo de un grave accidente su movilidad quedó seriamente deteriorada, solicitando el subsidio en cuestión y trasladándose a vivir a Tenerife. La entidad gestora británica le indicaría que desde el momento de su partida dejaba de tener derecho al subsidio por minusvalía. Ha de aclararse, con carácter previo, que el beneficiario de este subsidio se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 en la medida en que estuvo sometido, como trabajador por cuenta ajena, al régimen de Seguridad Social británico.

En virtud del art. 10 bis del Reglamento las personas a las que el mismo se aplique gozarán de las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo mencionadas en el art. 4.2 bis y recogidas en el Anexo II bis, requisito que cumple el subsidio para minusválidos de la legislación británica. Ahora bien, el hecho de que haya que mencionar estas prestaciones en un Anexo especial pone de manifiesto que se trata de prestaciones especiales de carácter no contributivo a efectos del art. 4.2 bis y que se rigen exclusivamente por las normas de coordinación establecidas en el mencionado art. 10 bis del Reglamento (Sentencia Dingemans, de 2 de diciembre de 1964, C-24/64). De los considerandos del Reglamento 1247/92, que modifica el Reglamento 1408/71, puede deducirse que la intención del legislador consiste en establecer un sistema de coordinación concreto que tenga en cuenta las características específicas de determinadas prestaciones que pueden pertenecer simultáneamente a la asistencia social y a la Seguridad Social y que, de acuerdo con

la jurisprudencia comunitaria, se consideran como prestaciones de Seguridad Social respecto de aquellos trabajadores que ya se hallaban sometidos al sistema de Seguridad Social del Estado cuya legislación se invoca (Sentencia Newton, de 20 de junio de 1991, C-356/89). Por lo demás, la circunstancia de que una normativa, como ocurre en este supuesto, no haya sido mencionada en la declaración hecha por un Estado miembro no es determinante a este respecto, de forma que no puede admitirse, en sí misma, como prueba de que la citada normativa no se halla comprendida dentro del ámbito de aplicación de la disposición en cuestión. Pues bien, de acuerdo con el art. 10 bis del Reglamento 1408/71 el principio de la supresión de las cláusulas de residencia se aplicará a menos que el presente Reglamento disponga otra cosa. Y para el supuesto de las prestaciones especiales de carácter no contributivo, el TJCEE ha declarado en reiteradas ocasiones que el principio de exportabilidad de las prestaciones de Seguridad Social se aplica mientras el legislador comunitario no adopte disposiciones que introduzcan excepciones al mismo (Sentencia Bozzone, de 31 de marzo de 1977, C-87/76 y Sentencia Giletti, de 24 de febrero de 1987, C-379/85 a 381/85).

2. No es nueva esta conclusión recogida en esta Sentencia Snares. El TJCEE había admitido ya en anteriores supuestos que pudieran concederse prestaciones ligadas al entorno social y, por tanto, condicionadas a un requisito de residencia en el Estado de la institución competente (Sentencia Lenoir, de 27 de septiembre de 1988, C-313/86). El hecho de que el beneficiario no reúna los requisitos a los que el Estado de su nueva residencia supedita la concesión de la asignación de invalidez o disfrute en este último país de un subsidio de importe inferior al que ya percibía hasta entonces en otro Estado miembro, no tiene entidad suficiente como para invalidar el régimen establecido en el art. 10 bis del Reglamento. A falta de armonización en materia de Seguridad Social, los Estados miem-

bros siguen siendo competentes para definir los requisitos necesarios para la concesión de las prestaciones sociales, aunque los hagan más rigurosos, siempre que los requisitos establecidos no impliquen ninguna discriminación manifiesta o encubierta entre los trabajadores comunitarios. Por esta razón, el art. 10 bis contiene unas normas de coordinación que tienen por objeto proteger los intereses de los trabajadores migrantes conforme a lo dispuesto en el art. 51 TCEE. Y, por consiguiente, el Estado de residencia está obligado, en su caso, a tener en cuenta los períodos de empleo, de actividad profesional por cuenta propia o de residencia cumplidos en otros Estados miembros, a considerar las prestaciones debidas con arreglo a la legislación de otros Estados miembros como si hubieran sido concedidas de acuerdo a la legislación aplicable así como a tener en cuenta una primera declaración de invalidez o de minusvalía en el territorio de otro Estado miembro como una primera declaración en el Estado de residencia. Por lo demás, el derecho a una prestación no está supeditado al requisito de que el solicitante haya estado sometido con anterioridad a la legislación de Seguridad Social del Estado en el que pretende disfrutar de la asignación, siendo así que esto era lo que ocurría con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1247/92, modificatorio del Reglamento 1408/71.

Nada obsta, por otra parte, a denegar el derecho de residencia en otro Estado miembro si, contrariamente a las exigencias de la Directiva 90/365/CEE relativa al derecho de residencia, el beneficiario no disfruta de una pensión de invalidez, de jubilación o de una renta por accidente de trabajo o enfermedad profesional de nivel suficiente como para no constituir durante su período de residencia una carga para la asistencia social de dicho Estado. Si bien el legislador comunitario puede decidir que las prestaciones especiales de carácter no contributivo deben ser concedidas con arreglo a la legislación del Estado de residencia y por cuenta de este último, esta afir-

mación no puede cuestionarse en razón de que la aplicación de esta regla pueda tener por efecto disminuir los recursos del interesado por cuanto dicha situación resulta de las diferencias que siguen existiendo entre los regímenes nacionales de Seguridad Social, a falta de armonización entre estos últimos.

3. IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES

3.1. En materia de empleo

1. La discriminación en el ámbito de la promoción en el empleo es abordada en la Sentencia Gerster, de 2 de octubre de 1997, C-1/95 al atender la petición de una trabajadora que comprueba, al presentar su solicitud para cubrir un puesto vacante en promoción, que el período en que trabajó a tiempo parcial había sido excluido del cómputo de antigüedad en el servicio, eligiendo a otro candidato funcionario que la precedía en la lista de personas promovibles. Se impone en esta controversia la exigencia de una interpretación conjunta tanto del art. 119 TCEE como de las Directivas 75/117/CEE, relativa a la igualdad de retribución y la 76/207/CEE, en materia de igualdad en el empleo. Para la jurisprudencia comunitaria no cabe duda de la aplicación tanto del art. 119 TCEE como de las dos Directivas mencionadas a las relaciones de empleo en el sector público porque disfrutan de un alcance general, inherente a la propia naturaleza del principio que en ellas se define. Considera en este punto que cuando un funcionario accede a la lista de candidatos a una promoción, su paso al puesto de grado superior y, por consiguiente, a un nivel de retribución más alto no es un derecho, sino una simple posibilidad.

La promoción efectiva depende de dos elementos distintos: a) la existencia de una vacante de grado superior y b) el mantenimiento de la posición en la lista de personas promovi-

bles. Aun cuando ciertamente los efectos sobre el nivel de retribución sólo se producen cuando culmina el procedimiento de promoción, nada obsta para que una legislación nacional pueda prever el cómputo de la antigüedad de los funcionarios con criterios propios. Así, como en el supuesto en cuestión, atendiendo a que un período de empleo en el que el tiempo de trabajo efectivo esté comprendido entre la mitad y los dos tercios de la jornada habitual se reconozca a efectos de antigüedad con una validez no plena sino de dos tercios de su valor. Y sin que dicha disposición se considere contraria ni al art. 119 TCEE ni a la Directiva 75/117. Como es sabido, la Directiva 76/207 incluye en su ámbito de aplicación la promoción de los trabajadores, prohibiendo toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de jerarquía profesional.

Puede afirmarse de esta forma que la disposición nacional controvertida no realiza una discriminación directa puesto que el método de cálculo de la antigüedad aplicado a los trabajadores a tiempo parcial no se determina en función del sexo. Pero esta misma conclusión no es atendible si se centra la atención en torno a la discriminación indirecta, admitida por el TJCEE cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudica de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres (Sentencia Megner y Scheffel, de 14 de diciembre de 1995, C-444/93 y Sentencia Roks y otros, de 24 de febrero de 1994, C-343/92). De hecho, en la disposición nacional objeto de controversia resulta manifiesto que perjudica a los trabajadores a tiempo parcial en comparación con los trabajadores a jornada completa, ya que al progresar más lentamente su antigüedad las posibilidades de promoción se encuentran retardadas. Sólo cabría eludir esta consideración cuando se demostrara que la diferencia de trato entre las

dos categorías de trabajadores se justifica por factores objetivos ajenos a toda discriminación por razón de sexo (Sentencia Bilka-Kaufhaus, de 13 de mayo de 1986, C-170/84; Sentencia Rinner-Kihn, de 13 de julio de 1989, C-171/88; Sentencia Lewark, de 6 de febrero de 1996, C-457/93), correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional —único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional—, determinar si y en qué medida se justifica por razones objetivas, ajenas a toda discriminación basada en el sexo una disposición legal que, aunque se aplica independientemente del sexo del trabajador, afecta de hecho a un número mayor de mujeres que de hombres (Sentencia Jenkins, de 31 de marzo de 1981, C-96/80).

El TJCEE ha considerado que existe un vínculo particular entre la duración de una actividad profesional y la adquisición de cierto nivel de conocimientos o de experiencia pero dicha conexión no permite deducir criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por constituir una mera generalización relativa a ciertas categorías de trabajadores (Sentencia Nimz, de 7 de febrero de 1990, C-184/90). Aunque la antigüedad se halle estrechamente unida a la experiencia, que permite al trabajador cumplir mejor sus funciones, la objetividad de semejante criterio depende de todas las circunstancias de cada caso y especialmente de la relación entre la naturaleza de la función ejercida y la experiencia que proporciona el ejercicio de esta función después de un determinado número de horas de trabajo efectuadas. Si el órgano jurisdiccional nacional comprueba que: a) aunque el candidato haya ejercido ya a tiempo parcial las funciones del grado superior al que aspira y aunque el cálculo de la antigüedad no se haya efectuado según un criterio de estricta proporcionalidad, normalmente los trabajadores a tiempo parcial adquieren la capacidad y competencia relativa a sus actividades con menos rapidez que los trabajadores en jornada completa; y b) las autoridades competentes acreditan que los

medios elegidos responden a un fin legítimo de su política social, con medios adecuados para conseguir el objetivo perseguido por ésta y son necesarios para ello, la mera circunstancia de que la disposición legal afecte a un número muy superior de mujeres que de hombres no permite considerar infringida la Directiva 76/207. Pero si, por contra, dicho órgano llega a la conclusión de que la duración del servicio no tiene un particular vínculo con la adquisición de un cierto nivel de conocimientos o de experiencia, entonces la obligación impuesta a los trabajadores a tiempo parcial de cumplir un tiempo de servicio superior en un tercio al prestado por el funcionario en jornada completa para poder tener la misma posibilidad de promoción, habrá de ser considerada contraria a la Directiva 76/207. Así pues y salvo que se encuentre justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, la disposición nacional que reduce el valor del trabajo a tiempo parcial en relación al trabajo a tiempo completo se considera contraria a las Directivas 76/207, 75/117 y al art. 119 TCEE.

2. Una cuestión muy similar es la que se plantea en la Sentencia Kording, de 2 de octubre de 1997, C-100/95, en la que el TJCEE conoce de la interpretación de la Directiva 76/207/CEE pero, en este caso, del art. 3.1 de la misma. Aunque el conflicto parece quedar al margen del derecho del trabajo —ejercicio de la actividad de asesor fiscal— los argumentos resultan de interés por la consideración de trabajador de quien ejerce esta actividad. La exclusión se basa en la exigencia de un período profesional previo mínimo para conseguir la habilitación. Al fijar dicha experiencia práctica, el legislador considera que las funciones han de ser ejercidas como profesión principal, esto es, en jornada completa. Por consiguiente, para un candidato que trabaja a tiempo parcial, los correspondientes períodos sólo pueden ser tenidos en cuenta en la proporción en que la jornada individual corresponda a la jornada habitual. En tanto el art. 3 de la Directiva 76/207/CEE

prohíbe toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de jerarquía profesional, tal requisito se percibe contrario a esta norma.

Una discriminación sólo puede consistir, sabido es, en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (Sentencia Schumacker, de 14 de febrero de 1995, C-279/93). Siguiendo esta regla no constituye éste un supuesto de discriminación directa puesto que, en el caso de idéntica actividad a tiempo parcial, la duración total exigida a las personas que deseen acceder sin examen a las funciones de asesor fiscal se prolonga de forma idéntica para hombres y para mujeres. Pero, al igual que en el supuesto anterior, podría constituir un supuesto de discriminación indirecta que, como ya se apuntara, se produce cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudica de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres (Sentencia Megner y Scheffel, de 14 de diciembre de 1995, C-444/93 y Sentencia Roks y otros, de 24 de febrero de 1994, C-343/92). En este sentido resulta innegable que disposiciones como las que basan la controversia inciden en los trabajadores a tiempo parcial y les perjudica en comparación con aquéllos que ejercen su actividad a jornada completa. En efecto, para beneficiarse de la exención del examen, los trabajadores a tiempo parcial se ven obligados a trabajar durante varios años más que los trabajadores a jornada completa. Mas, como se señaló en el supuesto anterior, sólo cabría esperar otro resultado si la diferencia se justificara a través de factores objetivos ajenos a toda discriminación por razón de sexo (Sentencia Bilka-Kaufhaus, de 13 de mayo de 1986, C-170/84; Sentencia Rinner-Khim, de 13 de julio de 1989, C-171/88; Sentencia Lewark, de 6 de febrero de 1996, C-457/93).

Con argumentos idénticos a los empleados en la Sentencia anterior, el TJCEE considera también en este supuesto que aunque la antigüedad corre pareja con la experiencia, que permite en tanto al trabajador cumplir mejor sus funciones, la objetividad de semejante criterio depende de todas las circunstancias de cada caso y, especialmente, de la relación entre la naturaleza de la función ejercida y la experiencia que proporciona el ejercicio de esta función después de un determinado número de horas de trabajo efectuadas. Cuando un trabajador a tiempo parcial sufre un trato menos favorable que un trabajador a jornada completa, disposiciones como las aplicables crean una discriminación indirecta en detrimento de las mujeres si resulta que, de hecho, un porcentaje considerablemente inferior de hombres que de mujeres trabajan a tiempo parcial, de manera que tales disposiciones son contrarias al art. 3 de la Directiva 76/207/CEE. Dicha desigualdad de trato sería admisible y, por tanto, compatible con esta disposición si estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Si el órgano jurisdiccional nacional comprueba que las autoridades competentes han podido demostrar que el hecho de exigir a los candidatos que trabajan a tiempo parcial el cumplimiento de un periodo de actividad más largo que el exigido a los candidatos que trabajan a jornada completa para poder quedar exentos del examen de acceso a la profesión de asesor fiscal se justifica por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación basada en el sexo, el mero hecho de que la legislación nacional afecte a un número mucho mayor de mujeres que de hombres no puede considerarse constitutivo de una infracción del art. 3 de la Directiva. Y, al igual que en la Sentencia anterior, el TJCEE reconoce que el art. 3.1 de la Directiva 76/207/CEE se opone a una legislación nacional que prevé que, en el caso de una actividad a tiempo parcial con un tiempo de trabajo no inferior a la mitad de la jornada habitual, el periodo de ejercicio de las funciones profesionales exigido para quedar exento

del examen de acceso a la profesión de asesor fiscal se prolonga en la correspondiente proporción, si tales disposiciones afectan a un número muy superior de mujeres respecto de hombres, salvo que dicha legislación se encuentre justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

3. Del mismo modo en la Sentencia Marschall, de 11 de noviembre de 1997, C-409/95, el Tribunal debe pronunciarse sobre el art. 2 de la Directiva 76/207/CEE ante la presentación de una candidatura del litigante a una plaza en promoción como docente de enseñanza secundaria y la respuesta por parte del centro docente de su intención de nombrar a otra candidata ante la aplicación de una normativa que exigía la promoción obligatoria de la candidata en cuestión. La capacitación era la misma para el candidato que para la candidata pero el número de mujeres en el grado A 13 en el que habría de cubrirse la plaza es muy inferior al de hombres. En este supuesto resulta ineludible recordar la Sentencia Kalanke, de 17 de octubre de 1995, C-450/93, en la que el TJCEE determinaría que una norma nacional en la que se establece la prioridad automática de una mujer respecto de competidores masculinos con idéntica capacitación en los sectores en los que la mujer se halla infrarrepresentada, entraña una discriminación por razón de sexo. Sin embargo, en el caso en cuestión, las mujeres no gozan de preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor. De forma tal que esta norma nacional que favorece especialmente a las candidatas femeninas no puede garantizar a las mujeres la preferencia absoluta e incondicional en una promoción sin sobrepasar los límites de la excepción establecida en dicha disposición. A diferencia del caso Kalanke, una normativa que, como la controvertida, contiene una cláusula de apertura no sobrepasa esos límites si garantiza en cada caso particular a los candidatos masculinos con igual capacitación que las

candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva en la que se tendrán en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos y, por tanto, se ignorará la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino, aun cuando ciertamente tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas.

Así pues, el art. 2 de la Directiva 76/207/CEE no se opone a una norma nacional que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, exista un menor número de mujeres que de hombres. Y todo ello porque se contempla una salvedad, que concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, esto es, que: a) dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva en la que se tendrá en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino y b) tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas.

4. Sobre esta misma Directiva, el TJCEE tuvo que considerar la no trasposición de la misma en un país miembro en la Sentencia Comisión-República italiana, de 4 de diciembre de 1997, C-207/96. La Directiva 76/207/CEE exige que los Estados miembros adopten las medidas necesarias a fin de que se supriman las disposiciones contrarias al principio de

igualdad de trato o se revisen cuando el deseo de protección que las inspira en un principio no tenga ya razón de ser. Sin embargo, el art. 2.3 de la misma dispone que su regulación no supondrá obstáculo a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

Entiende, en este sentido, el TJCEE que el art. 5 es lo suficientemente preciso como para imponer a los Estados miembros la obligación de no consagrar en una legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, aunque esta obligación permita excepciones cuando no exista una prohibición del trabajo nocturno para los hombres (Sentencia Stoeckel, de 25 de julio de 1991, C-345/89). Por lo demás, esta disposición es también lo bastante precisa e incondicional como para ser invocada por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales o para excluir la aplicación de cualquier disposición nacional que no concuerde con la misma (Sentencia Marschall, de 26 de febrero de 1986, C-152/84). Deberá ser el juez nacional quien garantice el pleno cumplimiento de la Directiva, dejando inaplicada cualquier disposición contraria de la legislación nacional, salvo si la aplicación de dicha disposición fuera necesaria para garantizar el cumplimiento por el Estado miembro de que se trata de obligaciones resultantes de un Convenio celebrado con Estados terceros antes de la entrada en vigor del TCEE. Por lo demás, según la jurisprudencia comunitaria, parece incuestionable, por un lado, que la incompatibilidad de una legislación nacional con las disposiciones comunitarias, aunque sean directamente aplicables, sólo puede quedar definitivamente eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que aquellas que deben modificarse y, por otro, que las disposiciones de una Directiva deben ser ejecutadas con indiscutible fuerza imperativa y con la especificidad, precisión y claridad requeridas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica, la cual

requiere que, en el supuesto de que la Directiva tenga como fin crear derechos a favor de los particulares, los beneficiarios puedan conocer de antemano todos sus derechos (Sentencia Comisión-Francia, de 13 de marzo de 1997, C-197/96).

5. Por último, en la Sentencia Garofalo, de 16 de octubre de 1997, C-69/96 a 79/96, el TJCEE abandona la interpretación de la Directiva 76/207/CEE para cuestionar la vulneración que se plantea de la Directiva 86/457/CEE referida de forma mucho más concreta a la formación específica en medicina general y, en este caso, en relación a los médicos que ejercen en el ámbito de la Seguridad Social. La libre circulación de los mismos se encuentra reconocida en la Directiva 93/16/CEE a través del reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos.

De acuerdo con ambas disposiciones los médicos que ejerzan medicina general en el marco de la Seguridad Social deben tener un derecho adquirido para ejercer las actividades de médico generalista en el marco de la Seguridad Social del Estado miembro de acogida incluso si no tienen formación específica en medicina general. Sólo a partir del 1 de enero de 1995, cada Estado miembro condicionará, sin perjuicio de las disposiciones sobre derechos adquiridos, el ejercicio de las actividades de médico como médico generalista en el marco de su régimen nacional de Seguridad Social, a la posesión de un diploma, certificado u otro título. Pudiendo eximir, (sin embargo), los Estados miembros de dicha condición a las personas que estén recibiendo una formación específica en medicina general. Cada Estado determinará los derechos adquiridos pero habrá de considerar como adquirido el derecho a ejercer las actividades de médico generalista en el marco de su régimen nacional de Seguridad Social sin el diploma, certificado u otro de los títulos reconocidos para todos los médicos que tengan reconocido dicho derecho antes del 31 de diciembre de 1994 y que estén establecidos en dicha fecha

en su territorio. Para respetar los derechos adquiridos la legislación nacional dispone que están facultados para ejercer la actividad profesional de médico generalista en el marco del servicio sanitario nacional los «titulares de una relación convencional» y enumera varias categorías de derechohabientes: médicos que ya prestan sus servicios en el servicio sanitario nacional como médicos de base concertados, médicos adscritos al servicio de asistencia médica urgente, médicos especialistas en medicina interna que trabajan en una policlínica, etc. Pues bien, la Sra. Garofalo y otros, son médicos que están en posesión del título de aptitud profesional y del certificado de formación específica en medicina general. Al publicarse una convocatoria para la provisión de plazas vacantes, presentaron una solicitud para figurar en la lista de candidatos para los puestos de médico generalista. Dicha lista, que incluía sus nombres, fue recurrida debido a que figuraban clasificados en mejor posición que ellos, médicos que no poseían el certificado especial de formación específica en medicina general.

La Directiva 93/16 reconoce a cada Estado miembro la facultad discrecional de determinar los derechos adquiridos, únicamente sujeta a un requisito: que cada Estado miembro reconozca el derecho adquirido de los médicos que no son titulares del diploma de médico generalista, pero que, antes del 1 de enero de 1995, se han beneficiado del reconocimiento, en dicho Estado miembro, de los efectos de los diplomas, certificados o títulos expedidos en su favor en otro Estado miembro y han obtenido en éste, también antes de aquella fecha, el derecho a ejercer las actividades de médico generalista en el marco del régimen nacional de Seguridad Social. Dicha obligación mínima tiene por objeto evitar situaciones en las que los médicos que han hecho uso de la libertad de establecimiento garantizada por las Directivas comunitarias y que, antes del 1 de enero de 1995, han adquirido un derecho, aunque sea teórico, a ejercer su actividad de médico generalista en el marco del régimen

de Seguridad Social de un Estado miembro sean privados de él debido a que no poseen los nuevos diplomas, certificados u otros títulos previstos. Y así, el hecho de no haber establecido una relación efectiva de trabajo con el régimen nacional de Seguridad Social no puede privar a los médicos que han adquirido el derecho a acceder a dicha relación del derecho a establecerla con posterioridad. La Directiva 93/16 no exige, para que se reconozca el derecho adquirido, que se haya establecido una relación de servicio antes del 31 de diciembre de 1994, en tanto sólo dispone que el derecho se adquiere cuando en dicha fecha el médico podía ejercer sus actividades como generalista en el marco del régimen nacional de Seguridad Social. De ello resulta que el Estado miembro de acogida debe reconocer a los médicos que se han establecido en su territorio antes del 1 de enero de 1995 el derecho a ejercer las actividades de médico generalista en el marco de su régimen de Seguridad Social, aunque dichos médicos no posean una formación específica en medicina general.

3.2. En materia de protección social complementaria

1. La Sentencia Magorrian y Cunningham, de 11 de diciembre de 1997, C-246/96 aborda una cuestión que no por discutida en el seno del TJCEE puede considerarse zanjada. Se trata de la interpretación que el TJCEE formula del art. 119 y del Protocolo 2º sobre dicho precepto en relación a las prestaciones complementarias a las que se tiene derecho por la participación en un plan de pensiones de la empresa. En este caso, su interpretación se refiere a la delimitación de la fecha a partir de la cual ha de computarse la antigüedad de dos enfermeras que, en opinión del juez nacional, fueron objeto de discriminación por razón de sexo para el cálculo de determinadas prestaciones complementarias sobre sus pensiones.

Del mismo modo se plantea hasta qué punto son compatibles con el Derecho comunitario unas disposiciones que limitan a dos años el cómputo retroactivo de los años de actividad laboral. Las demandantes iniciaron sus respectivas carreras profesionales como enfermeras a jornada completa y en calidad de funcionarias del área de salud mental. Con posterioridad pasaron a trabajar a tiempo parcial cuando aumentaron sus cargas familiares, por lo que dejaron la unidad en cuestión y el régimen a ella aplicable. Ambas cotizaron al plan de pensiones voluntario convencionalmente excluido del régimen general al que realizaban aportaciones el empresario y los trabajadores siendo posible la adhesión tanto de los trabajadores a tiempo completo como de los trabajadores a tiempo parcial que hubieran cumplido un determinado número de horas de trabajo. Dicha cotización les permitiría obtener el abono de un capital a tanto alzado y la asignación de una pensión. Sin embargo, al jubilarse recibieron la indemnización correspondiente pero no las prestaciones complementarias que hubieran recibido de haber reunido la condición de funcionarias en el área de salud mental en el momento de jubilarse dado que el plan de pensiones incluía una disposición según la cual las personas que trabajan en jornada completa y dedican todo o casi todo su tiempo de trabajo al cuidado de enfermos mentales tienen derecho a unas prestaciones complementarias que no pueden obtener quienes realizan el mismo trabajo a tiempo parcial. El Tribunal nacional califica tal medida de discriminatoria en tanto afecta mayoritariamente a las mujeres pero es preciso determinar los efectos concretos de esta discriminación. Por lo demás, conviene conocer que quienes trabajan a tiempo completo no se hallan obligados a realizar aportaciones adicionales para beneficiarse de esta protección con lo que, de aplicárseles el mismo régimen, hubieran obtenido prestaciones complementarias sin necesidad de efectuar cotizaciones adicionales. De ahí que estas trabajadoras solicitaran que, en el cálculo de sus futuras

pensiones, les fuera dispensado el mismo trato que para sus compañeras de esta unidad. En su opinión, tienen derecho a percibir las prestaciones complementarias y el cálculo de éstas debe basarse en su actividad laboral bien desde el 8 de abril de 1976 (STJCEE de 8 de abril de 1976, Causa C-43/75, Gabrielle Defrenne contra Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena —Sentencia Defrenne II—) o bien desde el 13 de mayo de 1986 (STJCEE de 13 de mayo de 1986, Causa 170/84, Bilka Kaufhauss, GmbH contra Karin Weber von Hartz. Budensarbeitsgericht —Sentencia Bilka—).

Entiende la Sentencia que el pago de las demandantes de estas prestaciones con arreglo al plan de pensiones constituye una retribución de acuerdo con el art. 119 TCEE y de la Directiva 75/117/CEE, tratando de determinar los efectos de la discriminación indirecta sufrida. Teniendo en cuenta que la Sentencia Defrenne II fijó los efectos de la aplicación directa del art. 119 TCEE a partir del 8 de abril de 1976, salvo en lo que se refiere a los trabajadores que hubieran reclamado con anterioridad; considerando que, sin embargo, tras la Sentencia Barber, sólo puede invocarse el efecto directo del art. 119 TCEE para exigir la igualdad de trato en materia de pensiones de empresa respecto de las prestaciones devengadas en virtud de períodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990, sin perjuicio de la excepción que se prevé para las reclamaciones efectuadas con anterioridad, limitación que, a su vez, sería reproducida por el Protocolo 2º; y admitiendo que la Sentencia Bilka no estableció limitación alguna para considerar el derecho a participar en los planes de pensiones de empresa y, por tanto, la igualdad podría ser admitida desde el 8 de abril de 1976 (fecha en que la Sentencia Defrenne II establecería la aplicación directa del art. 119 TCEE), sólo es necesario determinar si esta controversia alude o no al derecho de afiliación a dicho plan. No parece, sin embargo, que ésta sea la cuestión litigiosa referida más al importe de una pensión de jubilación que al derecho a afiliarse al plan de

pensiones en cuestión. Por consiguiente, el art. 119 TCEE sólo se aplicará para modificar la cuantía de las prestaciones a partir del 17 de mayo de 1990. Es necesario, no obstante, alegar que aunque las interesadas siempre tuvieron derecho a una pensión de jubilación también es cierto que sólo fueron admitidas a cotizar parcialmente a dicho régimen. El mero hecho de que trabajaran a tiempo parcial produjo la consecuencia de que fueran específicamente excluidas de la categoría de funcionarios del área de salud que permite acceder a un régimen concreto en el plan de pensiones. Como señalara el TJCEE en la Sentencia Dietz, de 24 de octubre de 1996, C-435/93, la afiliación a un plan carecería de interés si no le confiriera un derecho a percibir las prestaciones reconocidas por el plan de que se trate. De tal forma que el derecho a percibir una pensión de jubilación en virtud de un plan de pensiones está indisolublemente vinculado al derecho a participar en el mismo.

2. Por lo que no cabe sino admitir que los períodos de servicio de los trabajadores a tiempo parcial que han sido víctimas de una discriminación indirecta por razón de sexo deben computarse a partir del 8 de abril de 1976 para calcular las prestaciones complementarias a que tienen derecho. Desde esta perspectiva no se acepta la limitación del Derecho interno inglés que afecta a este procedimiento, de acuerdo con el cual y por razones de seguridad jurídica, el derecho a ser admitido en un régimen no puede producir efectos en relación con un período anterior a dos años antes de la presentación de la demanda. Es cierto que, según jurisprudencia reiterada y a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento interno designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos en vía jurisdiccional que haya de procurar la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario, dejando constancia de que estas modalidades no pueden

ser menos favorables que las correspondientes a reclamaciones similares de carácter interno y no deben estar articuladas de tal manera que hagan imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario (Sentencia Rewe, de 16 de diciembre de 1976, C-33/76; Sentencia Comet, Fisscher y Johnson). Mas una norma como la establecida por la legislación inglesa hace prácticamente imposible la acción de los particulares que invocan el Derecho comunitario por lo que dicha norma se opone a la aplicación a una demanda basada en el art. 119 TCEE y destinada a que se declare el derecho de las demandantes a afiliarse a un plan de pensiones de empresa.

4. RELACIONES LABORALES

4.1. Relaciones laborales

1. La existencia de un registro específico para personas físicas que ejercen la agricultura por cuenta propia es objeto de tratamiento en la Sentencia Saiagricola SpA, de 6 de noviembre de 1997, C-164/96. El Reglamento n.º 797/85 dispone que, con el fin de contribuir a la mejora de las rentas agrícolas y de las condiciones de vida, trabajo y producción en las explotaciones agrícolas, los Estados miembros establecerán un régimen de ayudas a las inversiones en explotaciones agrícolas, cuyo agricultor ejerza la actividad agrícola como actividad principal y cumpla determinados requisitos. A estos efectos los Estados miembros definirán el significado del concepto «agricultor que ejerza la actividad agrícola como actividad principal» al objeto de aplicar o no el presente Reglamento. Para las personas físicas, dicha definición incluirá, por lo menos, la condición de que la parte de la renta procedente de la explotación agrícola sea igual o superior al 50 % de la renta total del agricultor y que el tiempo de trabajo dedicado a actividades no relacionadas con la explotación, sea inferior a la mitad del

tiempo de trabajo total del agricultor. Los Estados miembros definirán dicha noción en el caso de personas que no sean personas físicas, teniendo en cuenta los criterios indicados en el párrafo segundo.

En tanto el objetivo perseguido por la legislación comunitaria es el desarrollo de una Política Agrícola Común, en un sistema de no discriminación entre agricultores, le queda margen al legislador nacional o regional para una diferencia de trato de los agricultores individuales, aunque sea sólo en relación con la previsión de un régimen especial de identificación derivado de las disposiciones de un Registro específico previsto únicamente para ellos. En este punto, conviene precisar que los Estados miembros pueden excluir de la inscripción en dicho Registro a determinadas personas jurídicas por el solo hecho de su forma jurídica e instituir un régimen de identificación especial mediante la creación de un registro específico destinado únicamente a las personas físicas. Pero conforme a una jurisprudencia reiterada, la normativa comunitaria no permite a los Estados miembros, a los que corresponde precisar el contenido del concepto de agricultor que ejerza la actividad agrícola como actividad principal, limitar su ámbito de aplicación exclusivamente a las personas físicas (Sentencia Villa Banfi, de 18 de diciembre de 1986, C-312/85 y Sentencia Tenuta il Bosco, de 15 de octubre de 1992, C-162/91), en la medida en que las normas comunitarias (Directiva 72/159 y Reglamento n.º 797/85) disponen expresamente que las personas jurídicas están comprendidas en sus respectivos ámbitos de aplicación. Por lo que la exclusión de la inscripción en el Registro basada únicamente en la forma jurídica del solicitante es incompatible con la normativa comunitaria. En conclusión, la normativa sobre la materia no permite a los Estados miembros que establecen un Registro destinado a determinar los beneficiarios del régimen de ayudas previsto en la Directiva 72/159, excluir de la inscripción en el Registro a determinadas personas por su forma ju-

rídica e instituir un régimen de identificación especial mediante la creación de un Registro específico destinado únicamente a las personas físicas.

2. Un problema bien distinto es el que se aborda en la Sentencia Fillibeck, de 16 de octubre de 1997, C-258/95 generado por el gestor de una empresa en construcción que transporta gratuitamente a algunos de sus trabajadores en vehículos de su propiedad desde sus domicilios hasta las distintas obras en las que éstos trabajan. Durante dicho período encarga a uno de sus trabajadores que transporte en su vehículo particular a otros trabajadores de esta empresa desde sus domicilios hasta los distintos lugares de trabajo. El Sr. Fillibeck efectúa este transporte en los casos en que, de acuerdo con el Convenio Colectivo marco para el sector de la construcción, la distancia entre el domicilio y el lugar de trabajo supera un determinado mínimo. Se cuestiona si dicho tipo de operaciones se consideran imponibles o no a efectos de IVA. Se asimilan a las prestaciones de servicios a título oneroso: a) el uso de bienes afectados a una empresa para las necesidades privadas del sujeto pasivo o para las de su personal, o más generalmente para fines ajenos a la empresa, cuando tales bienes hubieran originado el derecho a la deducción total o parcial del IVA; b) las prestaciones de servicios a título gratuito realizadas por el sujeto pasivo para sus necesidades privadas o para las de su personal o, más generalmente, para fines ajenos a su empresa. Se plantea si el transporte efectuado por un empresario está comprendido en el concepto de prestación «realizada a título oneroso», estando constituida la contraprestación por una fracción, que todavía debe determinarse, de la prestación laboral del trabajador incluso cuando, con arreglo a un Convenio Colectivo, el transporte se realiza a partir de determinada distancia mínima, desde el domicilio hasta el lugar de trabajo (sin que el empresario perciba una retribución por este servicio) en tanto la prestación laboral que no «guarda ninguna relación con-

creta con tales prestaciones de transporte» es adeudada únicamente por el salario en metálico, de la misma forma que para los demás trabajadores.

Con anterioridad, la jurisprudencia comunitaria había concretado que el concepto de prestación de servicios realizada a título oneroso presuponía la existencia de una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida (Sentencia Apple and Pear Development Council, de 8 de marzo de 1988, C-102/86). Y, sin embargo, en el supuesto en cuestión, el Sr. Fillibeck realiza el transporte de sus trabajadores desde sus domicilios a su lugar de trabajo cuando dicho trayecto es superior a determinada distancia y, por otra parte, ha quedado probado que estos trabajadores no efectúan ningún pago en contrapartida y no sufren ninguna disminución de salario por el valor correspondiente a dicho servicio. Puesto que el trabajo que debe ser realizado y el salario percibido no dependen de que los trabajadores utilicen o no el transporte que les proporciona su empresario, no cabe considerar que una fracción de la prestación laboral sea la contrapartida de la prestación de transporte. No existe contrapartida que tenga un valor subjetivo y una relación directa con el servicio prestado; por consiguiente, no se cumplen los requisitos de una prestación de servicios realizada a título oneroso. En definitiva, con este tipo de normativa fiscal se trata de garantizar la igualdad de trato entre el sujeto pasivo y el consumidor final, evitando la no sujeción al impuesto de un bien afectado a una empresa y utilizado con fines de carácter privado y de una prestación de servicios gratuita efectuada por el sujeto pasivo con fines privados (Sentencia Mohsche, de 25 de mayo de 1993, C-193/91). Corresponde normalmente al trabajador elegir la localización de su domicilio teniendo en cuenta, en su caso, su lugar de trabajo lo que determina la longitud del trayecto y la naturaleza del medio de transporte que pretende utilizar. El empresario no interviene en esta elección, puesto que la obligación del trabajador con-

siste simplemente en estar presente en su lugar de trabajo a las horas pactadas. Por lo tanto, en circunstancias normales, el servicio de transporte ofrecido a los trabajadores satisface necesidades privadas del trabajador. El hecho de que el desplazamiento del domicilio al lugar de trabajo sea un requisito necesario de la presencia en el trabajo supone que su cumplimiento no constituye un elemento determinante para considerar que el transporte del trabajador entre su domicilio y su lugar de trabajo satisface necesidades privadas del trabajador y no del empresario.

Hay que reconocer, no obstante, que, en circunstancias particulares, las necesidades de la empresa pueden aconsejar que el empresario efectúe por sí mismo el transporte de los trabajadores entre el domicilio y el lugar de trabajo. En efecto, el hecho de que el transporte del empresario sea el único que pueda proporcionar un medio de transporte conveniente o que el lugar de trabajo no sea fijo, sino variable, puede obligar al empresario a efectuar por sí mismo el transporte de sus trabajadores. En tales circunstancias particulares, la organización del transporte por parte del empresario se efectúa para fines que no son ajenos a la empresa. La ventaja personal que obtiene de ello el trabajador sólo es accesoria en relación con las necesidades de la empresa. En cuanto al hecho de que las prestaciones de transporte se realicen de acuerdo con un Convenio Colectivo, aunque tal obligación no pueda determinar por sí sola el carácter de estas prestaciones, constituye, no obstante, un indicio de que el transporte se efectúa con fines que no son ajenos a la empresa. De hecho, en las empresas de construcción parece demostrado que el transporte se efectúa con fines que no son ajenos a la empresa. Ciertamente, el transporte gratuito de trabajadores, efectuado por el empresario entre sus domicilios y su lugar de trabajo, con un vehículo afectado a la empresa satisface, en principio, necesidades privadas de los trabajadores y, por tanto, sirve a fines ajenos a la empresa. No obstante, esta disposición no es

aplicable cuando las necesidades de la empresa, habida cuenta de determinadas circunstancias particulares tales como la dificultad de utilizar otros medios de transporte apropiados y los cambios de lugar de trabajo, aconsejan que el empresario realice el transporte de los trabajadores, en cuyo caso esta prestación no se efectúa con fines ajenos a la empresa. Respuesta válida asimismo cuando el empresario no transporta a los trabajadores en sus propios vehículos, sino que encarga a uno de sus trabajadores que efectúe el transporte con su vehículo particular.

4.2. Condiciones de trabajo

A) *Insolvencia del empresario. Trasposición de la Directiva 80/987/CEE*

1. Uno de los problemas más recurrentes en este semestre ha sido la falta de trasposición o la trasposición parcial de la Directiva 80/987/CEE. Son varias las Sentencias en que dicho problema ha de ser tratado aludiendo a argumentos bien similares. Destaca, en principio, el planteamiento formulado por el TJCEE en la Sentencia Bonifaci y otros, de 10 de julio de 1997, C-94/95 y 95/95 y el condicionante previo de la Sentencia Francovich, de 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y C-9/90. Tras haber trabajado en una empresa domiciliada en Italia, la Sra. Bonifaci y otros 33 trabajadores reclaman a la República italiana para que, habida cuenta de la obligación que le incumbía de aplicar la Directiva, les abone los créditos correspondientes en concepto de atrasos salariales o, subsidiariamente, el abono de una indemnización. De acuerdo con la Sentencia Francovich, para que se considere que un empresario se encuentra en estado de insolvencia, es necesario, en primer lugar, que las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas del Estado miembro interesado prevean un procedimiento concursal; en segundo lugar, que se permita, en el marco de dicho procedimiento, la toma en considera-

ción de los créditos de los trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales; en tercer lugar, que se haya solicitado la apertura del procedimiento, y, en cuarto y último término, que la autoridad competente en virtud de las disposiciones nacionales mencionadas haya decidido la apertura del procedimiento o haya constatado el cierre definitivo de la empresa o del centro de actividad del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar el inicio de dicho procedimiento.

Se entiende, por lo tanto, que deben suceder dos acontecimientos para que se aplique la Directiva: por un lado, debe haberse presentado ante la autoridad nacional competente una solicitud de apertura del procedimiento concursal y, por otro, tiene que haber existido una decisión apoyando el inicio del mismo o la constatación del cierre de la empresa, en caso de insuficiencia del activo. No obstante, y aunque la producción de estos dos acontecimientos contemplados en el art. 2.1 de la Directiva condiciona la operatividad de la garantía establecida, ninguno de ellos puede servir para designar los créditos impagados objeto de dicha garantía. Esta última cuestión se rige por los arts. 3 y 4 de la Directiva que se refieren a una fecha necesariamente única antes de la cual deben transcurrir los períodos de referencia mencionados en dichos artículos. En virtud del art. 3 de la Directiva se faculta a los Estados miembros para elegir, entre varias posibilidades, la fecha antes de la cual se garantizarán las retribuciones impagadas. Al tener en cuenta la elección efectuada por los Estados miembros, el art.4.2 de la Directiva determina los créditos impagados que deberán, en cualquier caso, quedar cubiertos por la obligación de garantía en el supuesto de que, como en el caso de autos — Italia optó por fijar como plazo *a quo* la fecha en que se produce la insolvencia—, un Estado miembro decida limitar sus efectos en el tiempo. De lo expuesto se deduce que, aunque la aplicación del sistema de protección de los trabajadores establecido en la Directiva exige

simultáneamente una solicitud de apertura del procedimiento concursal —según la organice la legislación nacional del Estado miembro afectado— y una decisión formal de apertura de dicho procedimiento, la determinación de los créditos impagados que deben ser garantizados por la Directiva se efectúa, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 3.2 y 4.2 de la Directiva, en función del momento en que se produce la insolvencia del empresario, que no coincide necesariamente con la fecha de la citada decisión. Y puesto que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado y ha de cumplir asimismo los tres requisitos con anterioridad citados, la apreciación variará en función de cada tipo de situación.

En cuanto a la extensión de la reparación a cargo del Estado miembro al que se imputa el incumplimiento ya se ha señalado que ha de ser adecuada al perjuicio sufrido, de forma que permita garantizar una tutela efectiva de los derechos de los particulares a los que se ha causado el daño. Por lo demás, como es sabido, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, con la salvedad de que las condiciones establecidas por las legislaciones nacionales sobre indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las que se refieren a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.

Por tanto, y con el condicionamiento de la Sentencia Francovich como antecedente, no cabe sino concluir también en este supuesto que el Estado miembro está obligado a reparar los daños que resulten para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva en el plazo señalado. En lo que se refiere a la extensión de la reparación del daño ocasionado por dicho incumplimiento, procede observar que la aplicación retroacti-

va y completa de las medidas de ejecución de la Directiva a los trabajadores afectados por una adaptación tardía del Derecho nacional permite, en principio, remediar las consecuencias dañosas de la violación del Derecho comunitario, siempre que se haya adaptado regularmente el Derecho nacional a la Directiva. En efecto, esta aplicación debería servir para garantizar a estos últimos los derechos de los que hubieran podido beneficiarse si se hubiese adaptado el Derecho nacional a la Directiva en el plazo establecido (Sentencia Maso y otros, de 10 de julio de 1997, C-373/95). Una aplicación retroactiva de las medidas de ejecución de la Directiva supone necesariamente que pueda aplicarse igualmente una limitación de la obligación de pago de la institución de garantía, con arreglo a las modalidades previstas en el art. 4.2 de la Directiva, cuando el Estado miembro ha ejercitado efectivamente dicha facultad al adaptar el ordenamiento jurídico interno a la Directiva. No obstante, en el marco del litigio que le ha sido sometido, corresponde al Juez nacional velar para que la reparación del perjuicio irrogado a los beneficiarios sea adecuada. Una aplicación retroactiva, regular y completa de las medidas de ejecución de la Directiva es suficiente a estos efectos, salvo que los beneficiarios prueben la existencia de pérdidas complementarias que hayan sufrido debido a que no pudieron beneficiarse a su debido tiempo de las ventajas pecuniarias garantizadas por la Directiva y que, por consiguiente, es necesario reparar también.

2. La misma línea conduce la argumentación de la Sentencia Palmisani, de 10 de julio de 1997, C-261/95 en la que el TJCEE debe resolver una cuestión relacionada con el art. 5 TCEE y, por tanto, también en torno a la responsabilidad del Estado italiano por la adaptación tardía del Derecho nacional a la Directiva 80/987/CEE. Como ya señalara el TJCEE en la aludida Sentencia Francovich, las disposiciones de la Directiva que definen los derechos de los trabajadores deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, los intere-

sados no pueden invocar los derechos que emanan de la Directiva contra el Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales a falta de medidas de ejecución adoptadas dentro del plazo señalado y, por otra, que el Estado miembro está obligado a reparar los daños que resulten para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva. En este caso, la demandante, trabajadora por cuenta ajena, recibe tan sólo una parte de los créditos salariales que le correspondían por la quiebra de su empresa.

Como se apuntó, el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado (Sentencia Francovich citada, Sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, de 5 de marzo de 1996, C-46/93 y C-48/93 y Sentencia British Telecommunications, de 26 de marzo de 1996, C-392/93, entre otras). De esta jurisprudencia se deduce que los requisitos para que un Estado miembro esté obligado a reparar los daños así causados son tres: que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas, si bien la apreciación de estos requisitos varía en función de cada tipo de situación. En cuanto a la extensión de la reparación a cargo del Estado miembro al que se imputa el incumplimiento debe ser adecuada al perjuicio sufrido, de forma que permita garantizar una tutela efectiva de los derechos de los particulares a los que se ha causado el daño. El Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. Para ello ha de tener en cuenta, como se anticipara, que la legislación nacional en materia de indemnización de daños y en concreto en relación a los plazos fijados no puede ser menos favorable que la referida a reclamaciones semejantes de natu-

raleza comunitaria (principio de equivalencia) y que no puede articularse de forma tal que haga prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad). En este sentido, la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir satisface, en principio, esta exigencia en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica (Sentencia Rewe, de 16 de diciembre de 1976, C-33/76). En este caso, la fijación del plazo de un año cuyo cómputo se inicia a partir de la entrada en vigor del acto de incorporación de la Directiva al ordenamiento jurídico interno y que no sólo permite a los beneficiarios conocer plenamente sus derechos sino que precisa también las condiciones de indemnización del daño causado por el retraso en la adaptación del Derecho nacional, hace particularmente difícil la presentación de la demanda de indemnización. El Derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro imponga, para la interposición de cualquier recurso dirigido a la reparación del daño ocasionado por la adaptación tardía del Derecho nacional a la Directiva, un plazo de caducidad de un año a partir de la adaptación de su ordenamiento jurídico interno, pero exige que esta regla procesal no sea menos favorable que la norma comunitaria y que, a su vez, no imposibilite la plena satisfacción del derecho que le asiste a los particulares.

3. Un planteamiento que se reproduce casi de forma idéntica en la Sentencia Maso y otros, de 10 de julio de 1997, C-373/95 ante la interpretación de los arts 2, 3 y 4 de la Directiva 80/987/CEE. Como en supuestos anteriores, en las alegaciones de todos los demandantes se exigía el derecho a ser indemnizados por la totalidad de los créditos nacidos a su favor en los tres últimos meses de su contrato de trabajo, incluida, por cada mes, la retribución, la prorrata mensual de las dos pagas extraordinarias, la compensación de los días de vacaciones no disfrutados, los intereses legales y

la adaptación a las fluctuaciones de la moneda a partir de la fecha de la quiebra de su empresario.

En tanto este principio de responsabilidad es inherente al sistema del Tratado y puesto que se exigen los tres requisitos indicados, cuya apreciación resulta variable en función de cada situación, la medición de los efectos de la reparación serán bien distintos. Por lo demás, la reparación debe ser adecuada al perjuicio sufrido, de forma que permita garantizar una tutela efectiva de los derechos de los particulares a los que se ha causado el daño. Como se apuntara, una aplicación retroactiva y completa de las medidas de ejecución de la Directiva implica necesariamente que puedan aplicarse igualmente las eventuales normas que prohíben la acumulación contenida en el acto de adaptación del Derecho nacional, siempre que no lesionen los derechos otorgados a los particulares por la Directiva, así como los límites a la obligación de pago de la institución de garantía.

Puede ocurrir, por otro lado, que la decisión de apertura del procedimiento concursal o más precisamente que la resolución que declara la quiebra se produzca mucho después de la solicitud de apertura del procedimiento o también de la finalización de los períodos de empleo a los que corresponden las retribuciones pagadas, de tal modo que, si el momento en que se produce la insolvencia del empresario dependiera del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 2.1 de la Directiva, el pago de las retribuciones podría, habida cuenta de los límites temporales mencionados en el art. 4.2, no ser nunca garantizado por la Directiva, y ello por razones que pueden ser ajenas al comportamiento de los trabajadores. Esta consecuencia sería contraria a la finalidad de la Directiva que consiste en garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario. No obstante, el concepto de «momento en que se produce la insolvencia del empresario» no puede asimilarse pura y simplemente al comienzo

de la interrupción del pago de las retribuciones. En efecto, para identificar los créditos impagados que deben ser garantizados por la Directiva los arts. 3 y 4 se refieren a un período situado antes de la fecha en que se produce la insolvencia. Sin embargo, si se siguiese esta tesis habría que concluir que, antes de dicha fecha, el empresario, por definición, no ha interrumpido el pago de las retribuciones, lo que conduciría a vaciar de contenido los arts. 3 y 4 de la Directiva.

Habida cuenta tanto de la finalidad social de la Directiva como de la necesidad de fijar con precisión los períodos de referencia a los que la Directiva otorga efectos jurídicos, procede interpretar que el concepto de «momento en que se produce la insolvencia del empresario», mencionado en los arts. 3 y 4 de la Directiva se refiere a la fecha de la solicitud de apertura del procedimiento concursal, con la salvedad de que no puede concederse la garantía antes de la decisión de apertura de dicho procedimiento o la constatación del cierre definitivo de la empresa, en caso de insuficiencia del activo. Sin embargo, esta definición no puede oponerse a la facultad de los Estados miembros, reconocida en el art. 9 de la Directiva, de aplicar o establecer disposiciones más favorables para los trabajadores, en particular, para cubrir las retribuciones impagadas correspondientes a un período posterior a la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento concursal (Sentencia Bonifaci y otros y Berto y otros, antes analizada). No hay que olvidar que el art. 4.3 de la Directiva otorga a los Estados miembros la facultad de fijar un límite máximo para la garantía de pago de los créditos impagados de los trabajadores por cuenta ajena, para evitar el pago de cantidades que superen la finalidad social de la Directiva. Dicha finalidad consiste en garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario mediante el pago de los créditos impagados que resulten de contratos o de relaciones laborales y correspondientes a la re-

tribución de un determinado período de tiempo.

Por lo demás, la sentencia considera que, de acuerdo con el art. 10 de la Directiva, debe interpretarse que un Estado miembro no puede prohibir la acumulación de las cantidades garantizadas por la Directiva con una prestación como la indemnización de reinserción profesional prevista por la legislación italiana que tiene por objeto atender las necesidades de un trabajador despedido durante los tres meses siguientes a la terminación de la relación laboral. Teniendo en cuenta, en todo caso, que el art. 4.2 de la Directiva garantiza el pago de los créditos impagados relativos a la retribución correspondiente a los tres últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral, bien incluidos dentro de un período de seis meses anteriores a la fecha en que se produce la insolvencia del empresario, o bien precedentes a la fecha del preaviso de despido del trabajador, efectuado en razón de la insolvencia del empresario. También cabe efectuar dicho cómputo con una referencia más amplia, la de los dieciocho últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral que preceden a la fecha en que se produce la insolvencia del empresario o a la fecha de terminación del contrato de trabajo o de la relación laboral del trabajador, producida en razón de la insolvencia, pudiendo reducir los Estados miembros dicho período a ocho semanas o a varios períodos parciales, que tengan en total la misma duración. El período de tres meses en cuestión se expresa en meses naturales en el sentido de que dicho período representa un espacio de tiempo comprendido entre el día del mes correspondiente a la fecha contemplada en el art. 4.2 de la Directiva y el mismo día del tercer mes que antecede. La limitación de la garantía a los tres últimos meses civiles, cualquiera que fuese el día en el que se produjo el acontecimiento mencionado en el art. 4.2 de la Directiva, podría tener consecuencias perjudiciales para los beneficiarios de la Directiva, en el supuesto de que la situación de insolvencia no se produjese en el último día del mes civil.

4. Por último, en la Sentencia Mosbuk, de 17 de septiembre de 1997, C-117/96 el TJCEE vuelve a enfrentarse con la interpretación del art. 3 de la Directiva 80/987/CEE en relación a la legislación danesa de garantía de los créditos impagados como consecuencia de la insolvencia del empresario. La demandante, residente en Dinamarca fue contratada por una sociedad inglesa con domicilio en Inglaterra que no estaba ni establecida ni registrada en Dinamarca como empresa ni a cualquier otro efecto, en particular ante la Administración tributaria o aduanera. Mientras duró la relación laboral la empresa inglesa pagó directamente la retribución a la interesada sin que el empresario efectuase retención fiscal ni cotizaciones a la Seguridad Social con arreglo a la Ley danesa, puesto que la única representante de la empresa en Dinamarca era la Sr. Mosbuk. Ante la declaración de quiebra de la empresa, la trabajadora y el resto de los empleados de la empresa fueron despedidos. Como éstos, la Sr. Mosbuk reclama al fondo de garantía danés y al síndico inglés de la quiebra un crédito impagado correspondiente a sus salarios, comisiones y suplidos de gastos profesionales. En opinión del fondo, el pago del crédito es competencia de la institución de garantía del Estado del domicilio del empresario. Como se ha repetido en anteriores Sentencias, la Directiva tiene por objeto garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario, sin perjuicio de las disposiciones más favorables que existan en los Estados miembros. A estos efectos, obliga a los Estados miembros a establecer un organismo que garantice a los trabajadores, cuyo empresario se encuentre en estado de insolvencia, el pago de los créditos impagados. No puede deducirse, por lo demás, que esta Directiva no sea aplicable a los créditos de los trabajadores por cuenta ajena que residen y ejercen o que han ejercido su actividad profesional en un Estado miembro distinto del de establecimiento de su empresario. En efecto, la Directiva tiene por objeto garantizar ese mínimo de protección aludido

a los trabajadores por cuenta ajena víctimas de la insolvencia de su empresario sin que se haya previsto ninguna restricción, en particular en el art. 1.1 de la Directiva, que delimite su ámbito de aplicación, en el supuesto de que el lugar de residencia del trabajador o el lugar en el que éste ejerce su actividad por cuenta ajena no coincida con el lugar de establecimiento del empresario.

El Derecho comunitario que garantiza, por otra parte, la libre circulación de personas dentro de la Comunidad propicia situaciones en las que concurren elementos de extranjería, por lo que dicho derecho exige interpretar así la Directiva que tiende a reducir las diferencias subsistentes entre los Estados miembros que puede tener una incidencia directa sobre el funcionamiento del mercado. Procede, pues, determinar qué institución de garantía es competente para el pago de los créditos cuando el empresario está establecido en un Estado miembro distinto de aquel en que reside el trabajador o del lugar en el que éste ejercía su actividad por cuenta ajena. A este respecto, la lógica de la Directiva impone la designación de la institución de garantía del Estado en cuyo territorio, a tenor del art. 2.1 de la Directiva o bien se ha decidido la apertura del procedimiento concursal, o bien se ha constatado el cierre definitivo de la empresa o del centro de actividad del empresario. En efecto, conviene recordar en primer lugar que, a tenor del art. 2.1 de la Directiva, deben suceder dos acontecimientos para que ésta se aplique, la solicitud de apertura del procedimiento concursal ante la autoridad nacional competente y una decisión expresa de apertura del procedimiento o una constatación del cierre de la empresa, en caso de insuficiencia del activo (Sentencia Bonifaci y otros y Bertó y otros y Sentencia Maso y otros, aquí analizadas). De ello resulta que la aplicación del régimen de garantía establecido por la Directiva y, por lo tanto, la intervención de la institución de garantía están condicionadas primordialmente a la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento con-

cursal que permita tomar en consideración los créditos salariales de que se trate.

En la práctica, lo más frecuente es que la apertura de dicho procedimiento se solicite en el Estado en cuyo territorio está establecido el empresario. Cabe suponer que la entrada en vigor del Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia firmado en Bruselas, el 23 de noviembre de 1995, y cuyo art. 3 adopta como principal criterio de competencia «el centro de los intereses principales del deudor», reforzará esta tendencia general. Por otra parte, el régimen de garantías que el art. 5 de la Directiva intenta establecer es financiado por los empresarios salvo que lo sea íntegramente por los poderes públicos. A falta de indicación en sentido contrario en la Directiva, es coherente con su sistema que la institución de garantía competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados sea la que ha percibido o, por lo menos, debería haber percibido, las cotizaciones del empresario insolvente. No es éste el caso de la institución del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador reside y ha ejercido su actividad por cuenta ajena sin que su empresario disponga en él de establecimiento alguno o de una presencia comercial. Así pues, el art. 5.b) de la Directiva confirma el vínculo existente entre la obligación de pago que incumbe a la institución de garantía y el lugar de establecimiento del empresario que, por regla general, contribuye a financiar la institución, siendo lo más frecuente que sea el Estado de establecimiento del empresario aquel en cuyo territorio se solicita la apertura del procedimiento. Por último, la circunstancia de que la Directiva no haya previsto un sistema de compensación o de reembolso de los pagos entre las instituciones de garantía de los diversos Estados miembros viene a confirmar que, para prevenir enmarañamientos inútiles de los regímenes nacionales y, en particular, situaciones en las que un trabajador podría solicitar acogerse a la Directiva en varios Estados miembros, el legislador comunitario ha deseado, en caso

de insolvencia de un empresario, la intervención de la institución de garantía de un solo Estado miembro.

B) Derecho de información de los trabajadores

1. La Directiva 91/533/CEE establece la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral y la Sentencia Kampelmann y otros, de 4 de diciembre de 1997, C-253/96 a C-258/96, ha debido interpretar recientemente el art. 2.2 de dicha Directiva. Ante la negativa de los respectivos empresarios a ascender a los demandantes a la categoría superior, basándose en que supuestamente no habían acreditado la antigüedad necesaria en el ejercicio de funciones correspondientes al nivel y cualificaciones pertinentes, a pesar de las informaciones escritas en sentido contrario, los demandantes cuestionan el cumplimiento de la Directiva 91/533/CEE. En este supuesto, las autoridades competentes deniegan la solicitud de un ascenso a la categoría superior argumentando que había sido incorrecta la valoración de la actividad notificada anteriormente y que sus actividades correspondían, en realidad, según el empresario, a un nivel de actividad inferior, el cual no podía tenerse en cuenta para la clasificación en la categoría superior según los Convenios Colectivos aplicables. Y, por otra parte, la reclamación judicial también resulta rechazada por entender que no se ha probado convenientemente la categoría discutida. Del art. 6 de la Directiva 91/533/CEE se desprende que la misma no afecta, en cuanto tales, a las normas nacionales relativas a la carga de la prueba. Conviene subrayar, no obstante, que, atendiendo a los fines enunciados en el art. 2 de la mencionada Directiva, se impone al empresario la obligación de poner en conocimiento del trabajador por cuenta ajena los elementos esen-

ciales del contrato de trabajo o de la relación laboral.

Pues bien, tal objetivo no se alcanzaría si no se permitiera al trabajador utilizar ante los Tribunales nacionales, con fines probatorios, los datos contenidos en la comunicación a que se refiere el art. 2 de la Directiva, especialmente en caso de litigio sobre elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral. De lo que se deduce que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales aplicar e interpretar las normas nacionales en materia de carga de la prueba a la luz de la Directiva, atribuyendo a la comunicación contemplada en el art. 2 de la misma una fuerza probatoria tal que quepa considerar que dicha comunicación constituye un elemento capaz de demostrar la realidad de los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral y que lleve aparejada, por ello, una presunción de veracidad comparable a la que, en el ordenamiento jurídico interno, se atribuiría a un documento de este tipo emitido por el empresario y comunicado al trabajador. Al no contener la propia Directiva un régimen probatorio, es preciso añadir que la determinación de los elementos esenciales del contrato o de la relación laboral no puede basarse exclusivamente en la comunicación que el empresario lleva a cabo con arreglo al art. 2 de la Directiva. Por consiguiente, deberá permitirse al empresario que aporte cualquier prueba en contrario y que demuestre bien que los datos contenidos en la comunicación son falsos en sí mismos, bien que han resultado desmentidos por los hechos. Ciertamente el art. 2 de la Directiva enumera de un modo claro e inequívoco algunos elementos esenciales del contrato que el empresario debe poner en conocimiento del trabajador, a saber, la denominación, el grado, la calidad o la categoría del puesto de trabajo que desempeña el trabajador o la caracterización o la descripción resumidas del trabajo. La circunstancia de que esta disposición ofrezca al Estado la facultad de elegir, entre dos clases de información, cuál

prefiere comunicar al trabajador no excluye la necesidad de determinar con suficiente precisión, basándose únicamente en las disposiciones de la Directiva, el contenido de los derechos así conferidos a los particulares, cuyo alcance, en lo que atañe a cada uno de los dos términos de la alternativa, no deja al Estado miembro ningún margen de apreciación (Sentencia Francovich, de 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y C-9/90).

2. Así pues, las disposiciones de que se trata son incondicionales y lo suficientemente precisas como para que los particulares puedan invocarlas directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales, bien cuando el Estado se haya abstenido de adaptar el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo previsto, bien cuando haya efectuado una adaptación incorrecta. Sin embargo y según reiterada jurisprudencia, una Directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y una disposición de una Directiva no puede invocarse como tal contra dicho particular (Sentencia Faccini Dori, de 14 de julio de 1994, C-91/92). Pero sí puede ser invocada una Directiva frente a organismos o entidades que estén sometidos a la autoridad o al

control del Estado o que dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se derivan de las normas aplicables en las relaciones entre particulares, tales como las entidades territoriales o aquellos organismos a los que, con independencia de su forma jurídica, se les haya encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, la prestación de un servicio de interés público (Sentencia Fratelli Costanzo, de 22 de junio de 1989, C-103/88 y Sentencia Foster y otros, de 12 de julio de 1990, C-188/89). La Directiva se opone, no obstante, a que un Estado miembro, al adaptar su Derecho interno a esta disposición permita que, con carácter general, el empresario circunscriba a la denominación de la actividad del trabajador la información que debe comunicar a éste. Mas, por el contrario, la Directiva no se opone a que un Estado pueda eximir al empresario de la obligación de informar por escrito al trabajador acerca de los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral, aunque el trabajador así lo solicite, cuando tales elementos hayan sido ya mencionados en un documento o contrato de trabajo anterior a la entrada en vigor de las medidas de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva.